

*Die Garantie einer Bank
auf „erstes Anfordern“ zu zahlen*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Ulrich Auhagen
aus Wuppertal*

1966

1965

*Die Garantie einer Bank
auf „erstes Anfordern“ zu zahlen*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Ulrich Auhagen
aus Wuppertal*

1966

Dekan: Professor Dr. Erich Streißler
Referent: Professor Dr. Ernst von Caemmerer
Korreferent: Professor Dr. Horst Müller
Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1965



INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	III
Entscheidungen	IV
Literaturverzeichnis	V
Verzeichnis der Anlagen	VIII
Einleitung	1

Erster Abschnitt

Kapitel 1	Übersicht über das Anwendungsgebiet der Bankgarantien	3
a)	Bietungsgarantie (tender-guarantee)	3
b)	Lieferungs-, Leistungs- und Gewährleistungsgarantie (performance-guarantee)	4
c)	Anzahlungsgarantie (advance payment guarantee)	5
d)	Garantie für fehlende Dokumente	6
e)	Bankgarantie zugunsten von Zollbehörden	7
f)	Bankgarantien auf dem Gebiete der Seeschifffahrt	9
g)	Bankgarantien, die die Kreditwürdigkeit des Kunden unter Beweis stellen	10
h)	Garantien als zivilprozessuale Sicherheitsleistung	11
i)	Weitere Beispiele	12
Kapitel 2	Übersicht über die verschiedenen Formen der Bankverpflichtung	14
a)	Bürgschaft (guarantee)	15
b)	Garantievertrag (indemnity)	15
c)	bond	15
d)	unwiderrufliches Akkreditiv (irrevocable letter of credit)	16
e)	Klausel "Zahlung auf erstes Anfordern"	17
f)	Weitere Sicherungsformen	17

Zweiter Abschnitt

Kapitel 1	A. Abgrenzung des Themas	20
	B. Methodik	21
Kapitel 2	Das Problem der Akzessorietät	23
Kapitel 3	Die Bedeutung der Sofortzahlungsklausel	37

- II -

Kapitel 4	Effektiver Schadenseintritt als Zusatzklausel	54
Kapitel 5	Offensichtlich unbegründetes Anfordern	57
Kapitel 6	Der Regreßanspruch der Bank gegen den Kunden aus dem Deckungsverhältnis	72
Kapitel 7	Der Regreßanspruch gegen den Begünstigten	77
Anhang:	Anlagen A 1 bis A 14	92
Lebenslauf		108

Vorwort

Rechtsprechung und Schrifttum haben sich mit dem Wesen der Bankverpflichtung, "auf erstes Anfordern" zu zahlen, bisher nur wenig auseinandergesetzt, obwohl dieser Zweig des internationalen Bankgeschäfts im letzten Jahrzehnt zunehmende Bedeutung erlangt hat. Die wesentliche Ursache ist, daß Banken es wo irgend möglich versuchen, auftauchende Probleme "unjuristisch" zu lösen und zu einer gütlichen Regelung zu gelangen, ohne die Hilfe der Gerichte in Anspruch nehmen zu müssen.

Viele der in dieser Arbeit aufgestellten Behauptungen lassen sich deshalb nicht quellenmäßig belegen, sondern beruhen auf Gesprächen und Beobachtungen des Verfassers in der täglichen Praxis der Banken. Dem Institute of Bankers, London, sowie den Banken in London, Hamburg und Düsseldorf, die mich bei meiner Arbeit durch Rat und Tat unterstützt haben, gilt mein besonderer Dank.

ENTSCHEIDUNGEN

England

- Barker v. McAndrew (1865) 18 C. B. N. S. 759
- Bradford Old Bank Ltd. v. Sutcliffe 1918 2 K. B. 833, C. A.
- Brown, Jenkinson u. Co., Ltd. v. Percy Dalton (London) Ltd.,
1957 2 Q. B. 621, C. A.; 1957
2 All E. R. 844; 1957 2 Lloyd's Rep. 1
- In re J. Brown's Estate. Brown v. Brown 1893 2 Ch. 300
- Coutts & Co. v. Browne-Lecky and others 1946 2 All E. R. 207;
1947 K. B. 104
- Heisler v. Anglo-Dal Ltd. 1954 2 All E. R. 770, C. A.
- Imperial Bank of Canada v. Bank of Hamilton 1903 A. C. 49
- Joachimson v. Swiss Bank Corporation 1921 3 K. B. 110, C. A.
- Kelly v. Solari (1841) 9 M. & W., 54
- Malas v. British Imex Industries Ltd. 1958 1 All E. R. 262
- Milnes v. Duncan (1827) 6 B. & C. 671
- Moses v. Macferlan (1760) 2 Burrow 1005
- Townsend v. Crowdy (1860) 8 C. B. (N. S.) 477
- Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank Ltd. 1922 1 K. B. 318

USA

- Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp. (1941), 31 N. Y. Supp.
(2 d.) 631

LITERATURVERZEICHNIS

- Bär, Th. Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Diss. Zürich 1963
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 16. Auflage, München und Berlin 1964
- Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung, 27. Auflage, München und Berlin 1963
- BGB-RGRK Fischer-Haager-Kreft-Kuhn-Scheffler, Reichsgerichtsrätekomentar. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage, Berlin 1960
- Chorley, R. S. T. Law of Banking, 4th Edition, London 1960
- Davis, A. G. The Law Relating to Commercial Letters of Credit, 2nd Edition, London 1956
- Friedmann, W. Die Bereicherungshaftung im angloamerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht, Berlin und Leipzig 1930
- Gutteridge-Megrah The Law of Banker's Commercial Credits, 3rd Edition, London 1962
- Halsbury Halsbury's Law of England, 3rd Edition
- Heck, Ph. Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Herold, H. Das Kreditgeschäft der Banken, 15. Auflage, Hamburg 1964
- Jackson, L. A. Aufsätze in: Journal of the Institute of Bankers; Contract Guarantees Abroad, Notes on the Banker's Role, aaO vol. 79 (1958), S. 100 ff.; Further Notes on Guarantees Abroad I, aaO vol. 79 (1958), S. 304 ff.; Further Notes on Guarantees Abroad II, aaO vol. 80 (1959), S. 39 ff.

- Kemmer, H. T. Technik der Außenhandelsfinanzierung, 2. Auflage, Frankfurt/Main 1960
- Michie On Banks and Banking, Charlottesville, Va., USA, 1944
- Paget, J. Paget's Law of Banking, 6th Edition, London 1961 (by M. Megrah)
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Auflage, München und Berlin 1961
- Reichwein, H. Bankgarantie und Bürgschaft, Aufsatz in: Schweizerische Juristenzeitung Nr. 52 (1956), S. 374 ff.
- RGRKomm. z. HGB Bruggemann-v. Godin-Ratz-Weipert-Würdinger, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Auflage, Berlin 1963
- Rosenberg, L. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Auflage, München und Berlin 1960
- Scheuermann, E.K. Bedeutung und Ausgestaltung des Anzahlungsavals, Aufsatz in: Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 1959, S. 194 ff.
- Schinnerer, E. Bankverträge, I. Teil, 2. Auflage, Wien 1961
Bankverträge, II. Teil, Wien 1958 (zitiert: Schinnerer)
- Schlegelberger, F. Schlegelberger-Geßler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder, Handelsgesetzbuch, 3. Band, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt/Main 1956
- Schneider, J. Akkreditive im gebundenen und freien Zahlungsverkehr mit dem Ausland, Diss. Mannheim 1955
- Schönke-Baur Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 7. Auflage, Karlsruhe 1963
- Schütz, W. Bürgschaftsrecht, Aufsatz in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 1938, S. 155 ff.

- Schumann, H. Stichwort "Abtretung" in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, herausgegeben von F. Schlegelberger, Band 2, Berlin 1929
- Sheldon, H. P. The Practice and Law of Banking, 9th Edition, London 1962
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Band, Einzelne Schuldverhältnisse, 9. Auflage, Stuttgart 1962
- Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, Berlin und Leipzig 1933
- Staudinger, J. v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, 10. Auflage, München-Berlin-Leipzig 1939-1943
- Staudinger-Weber Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1b, § 242, 11. Auflage, Berlin 1961
- Stein-Jonas Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar der Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, Tübingen 1955
- Suda, S. Die Kreditleihe im Außenhandel, Wiesbaden 1958
- Theisinger-Löffelholz Die Bank, 3 Bände, Wiesbaden 1952
- Trost-Schütz Bankgeschäftliches Formularbuch, 16. Ausgabe, Berlin 1962
- Ulmer Akkreditiv und Anweisung, Aufsatz in: Archiv für civilistische Praxis 126 (1926), S. 129 ff. und S. 257 ff.
- Unger, F. E. Außenhandelsfinanzierung, Band 10 der Taschenbücher für Geld, Bank und Börse, Frankfurt/Main 1963
- Weissenstein, R. F. Anglo-amerikanisches Rechtswörterbuch, I. Teil, Zürich. 1950
- Wiele, G. Das Dokumentenakkreditiv und der anglo-amerikanische Documentary-Letter of Credit, 2. Auflage, Hamburg 1957
- Zahn, J. C. D. Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, 3. Auflage, Berlin 1964

VERZEICHNIS DER ANLAGEN

Bietungsgarantie (A 1)

Anzahlungsgarantie (A 2)

Bietungsgarantie statt "Earnest Money" (A 3)

Lieferungsgarantien (A 4 und A 5)

Einschaltung einer Korrespondenzbank (A 6 und A 7)

Konnossementsgarantie (A 8)

Garantie wegen nichtgezahlter Steuer (A 9)

Garantie zugunsten einer Eisenbahngesellschaft (A 10)

Pensionsgarantie (A 11)

Garantie wegen Aufnahme nicht akkreditivgerechter Dokumente
(A 12)

Bietungsgarantie in Akkreditivform (A 13)

Counter-indemnity des Bankkunden (A 14)

EINLEITUNG

Im internationalen Geschäftsleben haben die Bankgarantien in zunehmendem Maße Bedeutung erlangt und sind in ihren mannigfachen Ausgestaltungen auf vielen Sektoren von Handel und Wirtschaft unentbehrlich geworden. Unter dem Begriff "Bankgarantie" ist im weitesten Sinne die Verpflichtung einer Bank zu verstehen, die diese für Rechnung ihres Auftraggebers - in der Regel ihres Kunden oder einer Korrespondenzbank - einem Dritten, dem Begünstigten, gegenüber übernommen hat. Der Begünstigte soll hierdurch gegen den Schaden gesichert werden, der ihm durch den Eintritt eines unerwünschten oder das Ausbleiben eines erhofften Ereignisses zu entstehen droht.

Der erste Abschnitt dieser Arbeit gibt eine Übersicht über das Anwendungsgebiet der Bankgarantien und über die Formen, deren sich die Bank bedient, um den Begünstigten sicherzustellen; diese Garantien sind von verwirrender Mannigfaltigkeit und einer strengen Katalogisierung zur schwer zugänglich, so daß die Übersicht einen Anspruch auf lückenlose Vollständigkeit nicht erheben kann. Der zweite Abschnitt ist der Abgrenzung und Erörterung des Themas dieser Arbeit gewidmet. Der Anhang bringt einige Bankgarantien als Beispiele (Anlagen A 1 - A 14).

ERSTER ABSCHNITT

Kapitel 1

ÜBERSICHT ÜBER DAS ANWENDUNGSGEBIET DER BANKGARANTIENTIEN

Die einzelnen Fälle, in denen die Bank den Begünstigten gegen drohende Verluste absichert, sind überaus vielfältig; gewisse Gruppen von Bankgarantien verdienen wegen ihrer zahlenmäßigen Bedeutung besonders hervorgehoben zu werden¹. Es sind dies

a) Bietungsgarantie² (tender-guarantee)

Der Begünstigte, meist eine Behörde, vergibt gewisse Arbeiten im Wege einer Ausschreibung an denjenigen, der das am günstigsten erscheinende Angebot abgibt. Die ausschreibende Stelle läuft dabei Gefahr, daß der Bietende, der schließlich den Zuschlag erhält, sich weigert, den ihm angebotenen Kontrakt zu unterzeichnen. In diesem Falle sind die anderen Bietenden nicht mehr an ihr Angebot gebunden, und der Begünstigte muß entweder versuchen, einen Vertrag mit einem anderen Kontrahenten zu ungünstigeren Preisen zu schließen oder aber eine erneute Ausschreibung vorzunehmen. Um diesem Risiko zu begegnen, verlangt die Ausschreibung, daß

1 vgl. hierzu Jackson aaO vol. 79 S. 100 ff., S. 304 ff.; Kemmer S. 81 - 83; Schinnerer S. 146 ff. und Anhang Nr. 10 - 37; Suda S. 86 - 101; Trost-Schütz S. 323; Unger S. 61 ff.; Zahn S. 190 ff. sowie Herold S. 180 ff. (zum Avalkredit) und Lothes in: Die Bank, Bd. 2, S. 184 ff.

2 Jackson aaO vol. 79 S. 100 f.; Kemmer S. 81 f.; Schinnerer S. 146; Suda S. 86; Trost-Schütz Muster 245 und 248 (S. 334 f.); Unger S. 61; Zahn S. 192 f.; vgl. auch Anlagen A1, A3, A13

jeder Bietende eine Bankgarantie zu stellen hat, die in der Regel 2% bis 5% des Kontraktwertes deckt.

In den meisten Fällen erstreckt sich die Bankgarantie auch darauf, daß der Bietende, der den Zuschlag erhält, den ihm angebotenen Vertrag zwar unterzeichnet, sich hingegen weigert oder nicht in der Lage ist, in der ihm vorgeschriebenen Zeit eine weitere Bankgarantie zu stellen, die pünktliche und vertragsgetreue Erfüllung des Kontraktes deckt. Hier sind interessanterweise zwei Bankgarantien "ineinandergeschachtelt": die erste Garantie sichert bei Eintritt gewisser Bedingungen die Ausstellung der zweiten Garantie. Die erste Garantie wird deshalb auch gelegentlich als "Provisional Deposit", die zweite als "Final Guarantee Deposit" bezeichnet³.

b) Lieferungs-, Leistungs- und Gewährleistungsgarantie (performance-guarantee)⁴

Der Kunde der Bank hat sich dem Begünstigten gegenüber vertraglich verpflichtet, bestimmte Waren zu liefern oder bestimmte Arbeiten durchzuführen. Die Garantie der Bank, die ungefähr 10% bis 20% des Vertragswertes deckt, sichert den Begünstigten gegen Schäden, die ihm aus der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung des Kontraktes zu erwachsen drohen. Im englischen Garantie-Geschäft werden diese Garantien generell als performance-guarantees bezeichnet. In Deutschland unterscheiden die Banken zwischen Liefe-

³ vgl. Anlage A1

⁴ Jackson aaO vol. 79 S. 100; Kemmer S. 81f.; Schinnerer S. 147, 150; Suda S. 87 f; Trost-Schütz Muster 246 und 249 (S. 334 f., 336); Unger S. 62, 64; Zahn S. 93 f.; vgl. Anlagen A4, A5, A6, A7

rungs-⁵, Leistungs- und Gewährleistungsgarantien. Hier steht die Bank für ordnungsgemäße Lieferung der Waren beziehungsweise Durchführung der vertraglich geschuldeten Arbeiten oder für einwandfreie Beschaffenheit der Ware oder des fertiggestellten Werkes für einen gewissen Zeitraum nach Vertragserfüllung (meist ein bis zwei Jahre) ein. Sehr häufig kommen Mischformen zwischen den drei erwähnten Unterarten der performance-guarantee vor.

c) Anzahlungsgarantie (advance payment-guarantee)⁶

Bei gewissen Verträgen (zum Beispiel bei Lieferung von Spezialerzeugnissen) ist es üblich, daß der Käufer eine gewisse Anzahlung leistet, die der Vorfinanzierung der herzustellenden und zu liefernden Ware oder der durchzuführenden Arbeiten dient. Eine Bankgarantie sichert die Rückzahlung des angezahlten Betrages für den Fall, daß der Vertrag nicht erfüllt wird.

Zweck der drei vorstehend geschilderten Garantien ist meist nicht allen, den Begünstigten gegen Verluste sicherzustellen. Der Begünstigte zieht aus der Tatsache, daß sein Geschäftspartner eine Bankgarantie zu beschaffen in der Lage ist, die Schlußfolgerung, daß dieser seine vertraglichen Verpflichtungen wird einhalten können⁷.

5 Der hierfür von Wiele S. 73 geprägte Ausdruck "Gegenakkreditiv" ist in der Praxis nicht üblich.

6 Jackson aaO vol. 79 S. 102; Kemmer S. 82; ausführlich Scheuermann S. 194 ff.; Schinnerer S. 148; Suda S. 89; Trost-Schütz Muster 247 und 250 (S. 335, 336f.); Unger S. 63; Zahn S. 194 ff.; vgl. auch Anlage A2

7 So auch Jackson aaO vol. 79 S. 101, der in der Garantie auch die Zusicherung einer Bank sieht, "that the contractor is considered to be of adequate financial standing to undertake the contract". vgl. hierzu ders. S. 106 aaO

Im folgenden sind der Vollständigkeit halber noch weitere Arten von Bankgarantien erwähnt, die allerdings - mit Ausnahme der Konnossementsgarantie - zahlenmäßig von geringerer Bedeutung sind.

d) Garantien für abhanden gekommene Dokumente⁸

Die Bank verpflichtet sich, denjenigen schadlos zu halten, der entweder für abhanden gekommene Dokumente Ersatzurkunden ausstellt oder einen angeblich Berechtigten honoriert, obwohl dieser die Dokumente, die sein Recht beweisen könnten, nicht vorlegen kann. Den wichtigsten Fall bildet die sogenannte Konnossementsgarantie (*indemnity in respect of lost Bills of Lading*)⁹, bei der die Bank einen Reeder gegen alle Schäden sichert, die ihm daraus erwachsen können, daß er die Ware ohne Präsentation ordnungsgemäßer Konnossemente ausliefert und möglicherweise später von einem (gutgläubigen) Erwerber der Dokumente belangt wird. Der Grund, daß der Bankkunde nicht zur Präsentation der Dokumente in der Lage ist, liegt in der Regel nicht darin, daß die Konnossemente abhanden gekommen sind, sondern daß sie später als die Ware eintreffen. Im deutschen Garantie-Geschäft wird üblicherweise 150% des Warenwertes als ausreichende Garantiesumme angesehen. Englische Reeder lehnen es hingegen ab, durch einen Höchstbetrag begrenzte Garantien als hinreichende Sicherheit entgegenzunehmen.

⁸ Suda S. 95

⁹ Suda S. 92; Trost-Schütz S. 323 (1b am Ende) und Muster 253 (S. 338); Unger S. 65; Zahn S. 196 ff.; vgl. auch Anlage A8

Falls jemand ein abhanden gekommenes Wertpapier (Scheck, Aktie, Obligation, Hypothekenpfandbrief) erneut ausstellt, läuft er Gefahr, an den (gutgläubigen) Erwerber des Originals Zahlung leisten zu müssen und außerdem aus der Ersatzurkunde in Anspruch genommen zu werden. Dieses Risiko wird in England häufig durch eine Bankgarantie abgesichert; das übliche Verfahren in Deutschland ist die Kraftloserklärung des abhanden gekommenen Originals im Wege des Aufgebotsverfahrens gemäß §§ 946 ff. ZPO.

e) Bankgarantien zugunsten von Zollbehörden¹⁰

Bei Zollbürgschaften haftet die Bank bis zu einer bestimmten Höhe für von der Zollbehörde gegen den Bankkunden (zukünftig) geltend gemachte Forderungen. Einen besonderen Unterfall dieser Bankgarantie bilden die in England bisweilen ausgestellten "fair guarantees"¹¹. Hier stellt der Bankkunde Waren auf einer Messe (fair) im Ausland aus. Gegen eine Bankgarantie darf er die Ware unverzollt ins Ausland verbringen. Die Garantie sichert der ausländischen Zollbehörde Zahlung des Einfuhrzolles zu, falls die ausgestellten Waren an Interessenten im Lande verkauft oder falls sie nicht bei Beendigung der Messe oder innerhalb einer sonst bestimmten Frist re-exportiert werden.

Einen weiteren Sonderfall stellen folgende Garantien dar: Falls ein Tourist mit seinem Kraftfahrzeug ins Ausland reist, muß die

10 Herold S. 182 ff.; Jackson aaO vol. 79 S. 308 ff., vol. 80 S. 44; Lothes aaO S. 187; Suda S. 91, S. 96 ff.

11 Jackson aaO vol. 80 S. 42 ff. ausführlich zu den "Spanish fair guarantees"

ausländische Zollbehörde dagegen gesichert werden, daß der Tourist sein Fahrzeug veräußert, ohne den dann fälligen Einfuhrzoll zu entrichten. Normalerweise haftet der die Zollpapiere ausstellende Automobilclub (zum Beispiel der A. D. A. C. in Deutschland oder der A. A. oder der R. A. C. in England) für alle Forderungen, die die Zollbehörde auf Grund der Verletzung von Zollvorschriften geltend macht. Der betreffende Automobilclub läßt sich - falls er es für erforderlich hält - durch eine von seinem Mitglied besorgte Bankgarantie sichern¹². Sollte der die Zollpapiere ausstellende Automobilclub keine Haftung der Zollbehörde gegenüber übernehmen, muß der Tourist eine Bankgarantie beibringen. Hierbei wird meist die Bank des besuchten Landes die Garantie abgeben und von einer Bank im Heimatland des Touristen eine Gegengarantie erhalten.

Bei dem Verkauf eines Kraftfahrzeuges in England wird eine verhältnismäßig hohe Verkaufssteuer (purchase tax) fällig, die vom Verkäufer abzuführen ist. Diese entfällt, falls der Käufer das Fahrzeug binnen sechs Monaten endgültig ins Ausland verbringt. Falls ein Bankkunde auswandern will und zu diesem Zweck ein kurz vorher gekauftes Kraftfahrzeug mitnehmen möchte, garantiert seine Bank der Herstellerfirma gegenüber, ihr die Verkaufssteuer zu entrichten, falls ihr Kunde das Kraftfahrzeug nicht binnen sechs Monaten nach Kauf ins Ausland exportiert hat¹³.

12 Hierbei ist in England der A. A. mit der Festsetzung eines Haftungshöchstbetrages einverstanden, während der R. A. C. unbegrenzte Haftung verlangt.

13 vgl. Anlage A9

f) Bankgarantien auf dem Gebiete der Seeschifffahrt¹⁴

Auf dem Gebiete der Seeschifffahrt besteht die erhebliche Gefahr, daß zur Durchsetzung von Forderungen gegen einen Reeder ein Pfandrecht an einem seiner Schiffe geltend gemacht wird. Die hieraus erwachsenden Nachteile liegen auf der Hand: Wird ein Schiff "an die Kette gelegt", entstehen nicht nur beträchtliche Liegekosten, darüber hinaus führt der Zeitverlust in der Regel dazu, daß die Schiffahrtsgesellschaft ihre Termine nicht einhalten kann, insbesondere, daß leicht verderbliche Waren vernichtet werden oder im Hafen zu Schleuderpreisen verkauft werden müssen.

Die Aufgabe einer Bankgarantie in diesem Falle ist es, den Begünstigten für seine Forderung sicherzustellen, und ihn zu veranlassen, sein Pfandrecht am Schiff nicht geltend zu machen.

Im wesentlichen sind drei Gruppen zu unterscheiden:

- (1) Bankgarantien, die den aus einem Titel zur Pfändung Berechtigten sicherstellen, damit er davon Abstand nimmt, das Schiff an die Kette legen zu lassen (bail bonds)¹⁵.
- (2) Bankgarantien, die bei einer Havarie ein vertragliches Pfandrecht einer Bergungsgesellschaft ersetzen sollen, das dieser in der Regel in Höhe der durch die (erfolgreiche) Bergung verursachten Kosten zusteht (salvage guarantee)¹⁶.
- (3) Bankgarantien, die bei einer Havarie verhindern sollen, daß gegen das angeblich den Schaden verursachende Schiff ein Pfand-

14 Jackson aaO vol. 80 S. 38 f.; Suda S. 99 ff.

15 Jackson aaO vol. 80 S. 38 f.

16 Jackson aaO vol. 80 S. 38 f.

recht geltend gemacht wird (average guarantee)¹⁷. Diese Fälle treten nicht nur beim Zusammenstoß zwischen zwei oder mehreren Schiffen auf, sondern können sich auch ergeben, wenn ein Schiff Hafenanlagen beschädigt hat.

g) Bankgarantien, die vorwiegend dazu dienen, die Kreditwürdigkeit des Bankkunden unter Beweis zu stellen.

Hierunter fällt eine Bankgarantie, die eine Versicherungsgesellschaft befähigt, im Ausland tätig zu werden (guarantee to enable an insurance company to operate abroad)¹⁸. Gesetzliche Vorschriften sehen bisweilen vor, daß eine Versicherungsgesellschaft, die im Ausland Geschäfte betreiben will, einen bestimmten Kautionsbetrag zu stellen hat. Dieser Betrag kann durch eine Bankgarantie ersetzt werden. Hierdurch sollen zukünftige Forderungen der Versicherten gegen die Versicherungsgesellschaft gesichert werden. Andere Bankgarantien werden gestellt, um Reisebüros die Möglichkeit zu geben, Fahrkarten ausländischer Eisenbahngesellschaften auszustellen und zu verkaufen (travel ticket agency-guarantee)¹⁹. Die Bank steht bis zu einer bestimmten Höchstsumme für die Forderungen ein, die die ausländische Eisenbahngesellschaft aus dem Fahrkartenverkauf gegen das Reisebüro hat.

17 Trost-Schütz Muster 252 (S. 337). Dieses Musterbeispiel ist - wohl irrtümlich - mit "Bergungskostengarantie" überschrieben, obwohl sich aus dem Text des Musters ergibt, daß die Bank für die Ansprüche des Kapitäns oder der Reederei des einen in die Kollision verwickelten Schiffes gegen den Kapitän oder die Reederei des anderen Schiffes haftet.

18 Jackson aaO vol. 80 S. 40

19 Jackson aaO vol. 80 S. 40 f.; vgl. auch Anlage A10

In der Regel ist in den beiden oben geschilderten Garantien die Laufzeit unbegrenzt; die Bank hat jedoch ein Kündigungsrecht (meist drei Monate zum Jahresende).

Englische Banken garantieren in gewissen Fällen auch durch einen sogenannten "immigration security bond"²⁰ gegenüber dem die Einwanderung ihres Kunden gestattenden Staate (zum Beispiel Kenya, Nigeria), bis zu einem bestimmten Betrage für alle Kosten aufzukommen, die der Einwandernde dadurch verursacht, daß er ärztliche Behandlung in Anspruch nimmt, in Untersuchungshaft gerät, vom Staat unterhalten werden muß oder wieder nach England zurückwandern will, ohne die erforderlichen Mittel zu besitzen. Hierbei sei erwähnt, daß die englischen Banken bisweilen einer Schiffahrtsgesellschaft zusichern, diese für den Fall schadlos zu halten, daß der zu ihren Passagieren zählende Kunde der Bank nur gegen Stellung eines Bar-Depots zugunsten der Einwanderungsbehörde im Bestimmungshafen an Land gehen darf.

h) Garantien als zivilprozessuale Sicherheitsleistung²¹

Bisweilen gestattet das Gericht dem Kläger, der aus einem gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil (§§ 710, 713 Abs. 1 ZPO) vollstrecken will, oder dem Beklagten, der durch Sicherheitsleistung die Zwangsvollstreckung aus einem gegen ihn ergangenen Urteil abwenden will (§§ 713 Abs. 2, 719 ZPO), als Sicherheit die Garantie einer erstklassigen Bank beizubringen.

20 Jackson aaO vol. 80 S. 41

21 Lothes S. 189; Trost-Schütz S. 327 f., Muster 254 - 257 (S. 338 f.)

Das Gericht kann auch in den Fällen, in denen gemäß §§ 110 - 113 ZPO eine Sicherheit für die Prozeßkosten gestellt werden muß oder das Gericht einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung nur gegen Sicherheitsleistung anordnet (§§ 921, 936 ZPO), eine Bankgarantie der oben geschilderten Qualität zulassen.

i) Weitere Beispiele

Die oben genannten Gruppen decken im wesentlichen das Feld der Bankgarantien. Im folgenden seien noch einige Beispiele aufgeführt, die zeigen sollen, wie variantenreich das Anwendungsgebiet der Bankgarantien ist.

Ein englischer Bankkunde, der in den Diensten eines ausländischen Staates (zum Beispiel des Sudan) gestanden hat, kehrt nach seiner Pensionierung nach England zurück. Seine Pension wird auf sein Bankkonto gezahlt. Die Bank übernimmt gegenüber der ausländischen Regierung die Garantie dafür, etwa überzahlte Pensionsbeträge zurückzuerstatten (pension-guarantee)²²; eine solche Überzahlung könnte sich ergeben, wenn der Zahlende zu spät Kenntnis vom Tode des Pensionsberechtigten erhält.

Ein Kunde der Bank will mit einem Exporteur im Ausland einen Vertrag schließen, durch den er sich verpflichtet, bestimmte Waren gegen Akkreditiv zu kaufen. Der ausländische Exporteur ist grundsätzlich einverstanden, gibt seine Unterschrift jedoch nur gegen die Garantie der Bank des Importeurs, die dafür einsteht, daß der Importeur zugunsten des Exporteurs innerhalb einer bestimmten Frist nach Vertragsunterzeichnung ein Bankakkreditiv stellen läßt.

22 Jackson aaO vol. 80 S. 41 f.; vgl. auch Anlage A11

Eine Bank erhält von einem Exporteur unter einem Akkreditiv Dokumente, die den Akkreditivbestimmungen nicht voll entsprechen; die Konnossemente enthalten beispielsweise statt der vorgeschriebenen Klausel "shipped on board" nur die Klausel "shipped on deck" oder die Konnossemente sind mit der Klausel "insufficiently packed" versehen, obwohl das Akkreditiv "clean Bills of Lading" vorschreibt. Die Bank des Importeurs weigert sich, die nicht akkreditivgerechten Dokumente zu honorieren. Der Exporteur bringt nun die Garantie seiner Bank bei, in der diese die akkreditivstellende Bank gegen alle Risiken sichert, die dieser daraus erwachsen können, daß sie nicht akkreditivgerechte Dokumente aufnimmt und honoriert²³.

In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, daß der Exporteur die Schifffahrtsgesellschaft bisweilen ersucht, "clean Bills of Lading" auszustellen, wenn die verschiffte Ware nicht in gutem Zustand ist, und sie durch eine "indemnity" gegen alle hieraus etwa entstehenden Verluste freistellen will. Angesehene englische Banken beispielsweise lehnen es strikt ab, hierfür Garantien zu stellen, da sie hiermit ein Betrugsmanöver decken würden²⁴.

23 vgl. Anlage A12

24 Vergleiche hierzu Brown, Jenkinson & Co. Ltd. v. Percy Dalton (London), Ltd. (1957) 2 Q.B. 621; (1957) 2 All E.R. 844; (1957) 2 Lloyd's Rep. 1. In diesem Falle hatte der Begünstigte (Brown, Jenkinson & Co. Ltd.) unrichtige Konnossemente auf Veranlassung des Verkäufers (Percy Dalton - London - Ltd.) ausgestellt, nachdem dieser ihm zugesichert hatte, er werde ihm (dem Begünstigten) garantieren, ihn wegen aller Ansprüche schadlos zu halten, die der Käufer der Waren aus der unrichtigen Ausstellung der Konnossemente gegen ihn geltend machen werde. Der Käufer verlangte und erhielt Schadensersatz vom Begünstigten. Dieser versuchte vergeblich, den Verkäufer aus der Garantie in Anspruch zu nehmen. Das Gericht sah eine solche "indemnity" als nicht durchsetzbar

Kapitel 2

ÜBERSICHT ÜBER DIE VERSCHIEDENEN FORMEN, IN DENEN SICH EINE BANK VERPFLICHTET, DEN BEGÜNSTIGTEN SICHER- ZUSTELLEN

Die Bank, die auftrags und für Rechnung ihres Kunden dessen Vertragspartner, den Begünstigten, gegen den Eintritt eines Schadens sichern will, bedient sich zur Durchführung dieses Verfahrens einer jeweils auf den Einzelfall zugeschnittenen Garantie, wobei mannigfache Variationen auftreten.

Die Interessen der drei beteiligten Parteien - Bank, Bankkunde, Begünstigter - beeinflussen hierbei Wahl und Ausgestaltung des Sicherungsinstruments.

Der Kunde der Bank sieht seine Interessen am besten gewahrt, wenn die Bank wie ein Bürge für seine fälligen Verbindlichkeiten haftet. Im Falle von Streitigkeiten muß der Begünstigte seine Berechtigung nachweisen, die Bank aus der Bürgschaft in Anspruch zu nehmen.

Die Interessenlage des Begünstigten ist hiervon völlig verschieden: er sieht den Idealfall einer Bankgarantie als eine Art Kautionsbetrag an, den er jederzeit einzuziehen befugt ist, ohne die Berech-

an, da sie auf einer "illegal consideration" beruhte, deren Zweck eine "commission of tort" im Wege einer "fraudulent misrepresentation" war. - Mit Recht erregte diese Entscheidung Aufsehen, da im Ergebnis der wahre Schuldige nicht zu zahlen brauchte. Die englischen Banken zogen aus dieser Entscheidung die Konsequenzen.

tigung seines Anforderns beweisen zu müssen und ohne in einen zeitraubenden Rechtsstreit verwickelt zu werden.

Die Bank als dritte Partei hat ein vorwiegendes Interesse: sie wünscht, auf keinen Fall in Streitigkeiten zwischen dem Begünstigten und ihrem Kunden verwickelt zu werden; sie bevorzugt deshalb eine Garantie, die so formuliert ist, daß sie (die Bank) klar erkennen kann, unter welchen Voraussetzungen sie Zahlung zu leisten hat. Die Bank möchte von ihrem Schreibtisch aus, also innerhalb des "Bankhorizontes", die Voraussetzungen prüfen können, die ihre Zahlungsverpflichtung auslösen.

Nachstehend sind die wesentlichen Erscheinungsformen der Bankgarantien aufgeführt; dabei ist in der Regel allen Bankverpflichtungen gemeinsam, daß die Haftung der Bank durch einen Höchstbetrag und durch eine bestimmte Zeitdauer begrenzt ist.

- a) Die Bank übernimmt eine Bürgschaft (guarantee - im engeren Sinne - oder auch suretyship) für die meist künftige und bedingte Verbindlichkeit ihres Kunden. Meist verzichtet die Bank auf einige ihr aus dem Rechte des Hauptschuldners oder aus eigenem Rechte zustehende Einreden, zum Beispiel die der Aufrechenbarkeit oder die der Vorausklage.
- b) Die Bank schließt mit dem Begünstigten einen Garantievertrag (indemnity), in dem sie verspricht, den Begünstigten gegen gewisse Verluste schadlos zu halten. Im Falle von Streitigkeiten hat der Begünstigte den Eintritt des (durch den Bankkunden verursachten) Schadens zu beweisen.
- c) Im englischen Recht kann sich die Bank durch einen "bond" in Höhe eines bestimmten Betrages dem Begünstigten gegenüber bin-

den²⁵. Diese bindende Erklärung der Bank ist auflösend bedingt durch den Nichteintritt des befürchteten Schadens innerhalb einer bestimmten Frist ("... then this obligation shall be null and void but otherwise shall be and remain in full force and effect."). Ein dem "bond" vergleichbares Instrument fehlt in der Vertragstypik des Bürgerlichen Rechts, könnte aber im Einklang mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit zwischen den Parteien vereinbart werden.

d) Bankgarantien werden bisweilen in die Form eines unwideruflichen Akkreditivs (irrevocable credit) gekleidet. Die Bank authorisiert den Begünstigten, Tratten auf sie zu ziehen, falls sie von der Erklärung des Begünstigten begleitet sind, daß der "Garantiefall" - der befürchtete Schaden - eingetreten ist. Die Verpflichtung der Bank erstreckt sich auf den Aussteller, alle Indos-

25 Magnus in Halsbury's Law of England, Third Edition, vol. 3, S. 329 f. - 618 - gibt folgende Definition: A bond is an instrument under seal, usually a deed poll, whereby one person binds himself to another for the payment of a specified sum of money either immediately or at a fixed future date. The person who so binds himself is called the obligor, and the person to whom he is bound the obligee; and the instrument itself is sometimes called an obligation."

Weissenstein S. 18 bezeichnet den bond als ein schriftliches (konkretes oder abstraktes) Schuldversprechen, das gesiegelt ist.

Die Bedeutung des Siegels liegt unter anderem darin, daß hierdurch die Vermutung einer gültigen "consideration" begründet wird. So Weissenstein S. 161; Magnus in Halsbury's Law of England, vol. 3, S. 334 - 633 - "consideration is not necessary, the instrument being under seal."

Weissenstein (S. 161) weist jedoch darauf hin, daß an die Stelle des wirklichen Siegels die Buchstaben L. S. (loco sigilli), die bloße Unterschriftsklausel "I have set my hand and seal..." oder lediglich die Bezeichnung der Urkunde als einer gesiegelten trat.

santen und gutgläubigen Erwerber der unter dem Akkreditiv ausgestellten Tratten²⁶.

Banken in den U.S.A. und Ländern der American Account Area (zum Beispiel Formosa, Südkorea, Südvietnam) bedienen sich dieser Garantieforn, da ihnen auf Grund des National Bank Act nicht gestattet ist, Bankgarantien in Form eines bond, einer indemnity oder guarantee zu stellen, falls sie am zugrunde liegenden Geschäft kein eigenes Interesse haben²⁷. Diese Aufgaben übernehmen besondere bonding- oder indemnity-companies, die hierzu gesetzlich ausdrücklich ermächtigt sind. Auch englische Banken geben Garantien an Begünstigte im Bereiche der American Account Area in Form eines irrevocable credit.

e) Eine sehr häufig auftauchende Form der Bankgarantie ist die Verpflichtung, "auf erstes Anfordern" ("on first demand") des Begünstigten Zahlung zu leisten.

f) Im internationalen Garantiegeschäft ist es in vielen Ländern üblich, die Garantie so auszugestalten, daß sie der Stellung eines Kautionsbetrages sehr nahe kommt. So kauft die garantiestellende Bank etwa in Uruguay oder Brasilien²⁸ durch eine Korrespondenzbank Staatsanleihen, Kommunalobligationen oder Pfandbriefe an, läßt die Wertpapiere deponieren und händigt die Depotquittung dem Begünstigten als Sicherheit aus.

26 vgl. Anlage A13

27 Hierzu Michie, vol. 7, ch. 15 § 163, S. 290 f.; Jackson aaO vol. 79, S. 102 f.

28 Jackson aaO vol. 79, S. 104; Suda S. 79

In Burma läßt sich der Begünstigte den Garantiebetrug als "cash deposit" auf einem Sonderkonto bei einer Bank verbuchen, wo er als Sicherheit zu seiner Verfügung bereitsteht. Nimmt er den Betrag in Anspruch, muß die Bank seines Vertragspartners der burmesischen Bank die Summe anschaffen.

In manchen Fällen fordert der Begünstigte statt einer Bankgarantie die Hinterlegung eines Bar-Depots in Landeswährung²⁹. So ist in Griechenland neuerdings ein "cash deposit" obligatorisch, wenn eine Versicherungsgesellschaft Geschäfte betreiben will³⁰. Begünstigte in Pakistan und Indien verlangen regelmäßig "earnest money" als Sicherheit, geben sich stattdessen aber auch mit der Bankgarantie einer erstklassigen Auslandsbank zufrieden³¹.

In den U.S.A. ist es üblich, bei Ausschreibungen der Regierung bid bonds durch einen auf eine Bank in den U.S.A. gezogenen bestätigten Scheck oder Barscheck oder eine Sichttratte, ausgestellt auf den "treasurer of the United States", zu begleiten.

In Chile dienen Solawechsel einer Bank (boleta de deposito en garantia) dem Begünstigten als Sicherungsmittel.

Die vorstehend gegebene kurze Übersicht über die mannigfachen Formen, in denen Bankgarantien im internationalen Garantiegeschäft vorkommen, zeigt deutlich, in welcher unterschiedlicher Art und Weise die Interessen der Beteiligten berücksichtigt werden. So erhält

29 Suda S. 79, S. 105

30 Jackson aaO vol. 80, S. 40

31 Jackson aaO vol. 79, S. 103 f.; vgl. auch Anlage A3

der Begünstigte durch Stellung eines "cash deposit" ungleich mehr Rechte als durch die - akzessorische - Bürgenhaftung der Bank.

Bei vielen Bankgarantien grenzen besondere Klauseln die Rechte der beteiligten Parteien genau ab. In den Text von Lieferungsgarantien wird beispielsweise manchmal die Klausel aufgenommen, daß die Bank nur dann zu zahlen braucht, wenn ihr Kunde die Nichterfüllung des Vertrages zu vertreten hat, nicht hingegen in Fällen höherer Gewalt. Meist ist dann zusätzlich geregelt, daß bei Streitigkeiten über die Frage, ob die Nichterfüllung des Vertrages auf höherer Gewalt beruhte oder nicht, die Bank an den Schiedsspruch eines bestimmten Schiedsgerichts gebunden sein soll.

ZWEITER ABSCHNITT

Kapitel 1

A. ABGRENZUNG DES THEMAS

Aus der Fülle der im ersten Abschnitt skizzierten Garantieförmlichkeiten soll die auftrags und für Rechnung ihres Kunden übernommene Verpflichtung der Bank herausgegriffen werden, "auf erstes Anfordern" ("on first demand") des Begünstigten Zahlung zu leisten. Rechtsnatur, Wesen und praktische Bedeutung dieser Bankgarantie sollen unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und englischen Rechts untersucht werden. Hierbei soll insbesondere der Versuch gemacht werden, folgende Fragen zu beantworten:

- 1) Ist diese Bankverpflichtung akzessorisch oder nicht?
- 2) Welche Bedeutung hat die Sofortzahlungsklausel, insbesondere darf oder muß die Bank das Anfordern des Begünstigten auf seine Berechtigung hin überprüfen und ist für die Auslösung der materiell rechtlichen Zahlungsverpflichtung der Bank der effektive Schadenseintritt oder bereits das bloße Anfordern des Begünstigten maßgebend?
- 3) Wie ist die Zusatzklausel aufzufassen, daß die Bank dann auf erstes Anfordern zahlen muß, "falls der Schaden effektiv eingetreten ist"?
- 4) Hat die Bank das Recht, bei unberechtigtem Anfordern die Zahlung zu verweigern?
- 5) Worauf stützt sich der Regreßanspruch der zahlenden Bank gegen ihren Kunden?
- 6) Hat die zahlende Bank ein Rückforderungsrecht gegen den Begünstigten, falls der Schaden effektiv nicht eingetreten ist?

B. METHODIK

Bei der Prüfung der Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Bankverpflichtung, "auf erstes Anfordern" des Begünstigten zu zahlen, muß man sich über den methodischen Unterschied zwischen begriffsjuristischem Vorgehen und einer Erfassung der Probleme gemäß den Gedanken der Interessenjurisprudenz klar sein.

Die Begriffsjurisprudenz versucht, die Bankverpflichtung einem speziellen Rechtsbegriff (zum Beispiel Bürgschaft, Garantievertrag, Schuldmitübernahme, abstraktes Zahlungsversprechen) unterzuordnen. Aus der für den gefundenen Begriff geltenden gesetzlichen Regelung werden dann die im Einzelfall vorgesehenen Rechtsfolgen abgeleitet.

Wenn die Interessenjurisprudenz die Bankverpflichtung einem Oberbegriff unterordnet, so lehnt sie es dort ab, daraus Rechtsfolgen abzuleiten. Diese müssen vielmehr unter Abwägung der Interessen der Beteiligten für die jeweiligen Falltypen und die jeweilige konkrete Fallgestaltung ermittelt werden. Hierbei ist insbesondere zu untersuchen, welche der im Gesetz etwa für eine Bürgschaft, einen Garantievertrag oder ein abstraktes Zahlungsversprechen getroffenen Regelungen nach ihrer ratio den Erfordernissen des einzelnen Falles am besten gerecht werden.

Die Gefahren begriffsjuristischer Argumentation sind heute allgemein erkannt. Gleichwohl kommt es immer noch vor, daß im Einzelfall Folgerungen aus dem Wesen der Bürgschaft oder des Garantievertrages abgeleitet werden.

Folgen wir demgegenüber der heute allgemein anerkannten Methode der Interessenjurisprudenz, so hat die begriffliche Erfassung

der zu untersuchenden Bankverpflichtung nur orientierende Funktion. Der Begriff muß weit genug gefaßt sein, um die verschiedenartigen Gestaltungen der Bankverpflichtungen, von denen berichtet worden ist, zu umfassen. Er darf auf der anderen Seite nicht so weit und blaß sein, daß er die zu untersuchenden Verpflichtungen und die ihnen gemeinsamen charakteristischen Züge nicht mehr kennzeichnet.

Fraglich ist danach, unter welchen Oberbegriff sich die Bankverpflichtung am besten fassen läßt. Allen Bankgarantien ist gemeinsam, daß die Bank für einen Schaden einsteht, der dem aus der Garantie Begünstigten entstehen könnte³². Dieser Schaden kann beispielsweise darin bestehen, daß der Bankkunde bei einer Lieferungs- oder Anzahlungsgarantie nicht oder nicht vertragsgerecht liefert, daß bei einer Konnossementsgarantie ein Dritter die Konnossemente vorweist und den Begünstigten dafür haftbar macht, daß er die Ware bereits an den Bankkunden ausgeliefert hat etc. In allen Fällen haftet die Bank naturgemäß nicht für irgendwelche Leistungen - sie braucht etwa bei einer Lieferungsgarantie nicht statt der mangelhaften Ware vertragsgerechte zu liefern - sondern stets nur für eine Geldleistung³³; ihre Garantieübernahme ist eine Substitution einer - wenn auch in der Regel zukünftigen - (Bar)Verpflichtung des Auftraggebers³⁴, sie steht also für die Zahlung einer Geldforderung ein. Es empfiehlt sich deshalb, als Oberbegriff den

32 Anderer Ansicht ist Suda S. 77, der die auf Geldleistung gerichtete Verpflichtung der Bank nicht als Schadensersatz für ein Unterlassen eines anderen oder eine fehlende Eigenschaft des gelieferten Gutes ansieht, ohne hierfür allerdings eine Begründung zu geben.

33 Schinnerer S. 138

34 Suda S. 77

Ausdruck "Forderungsgarantie" zu verwenden, der bereits von Heck³⁵ in all den Fällen gebraucht wird, in denen jemand einem Gläubiger Ersatz für die Nichtleistung eines Schuldners verspricht. Dieser Oberbegriff bildet eine brauchbare Grundlage für die kommenden Erörterungen, da er die Rechtsnatur der Bankgarantie, "auf erstes Anfordern" zu zahlen, nicht von vornherein durch einen zu eng gefaßten starren Rechtsbegriff einengt.

Kapitel 2

DAS PROBLEM DER AKZESSORIETÄT

Auf dem Gebiete des deutschen Rechts soll zunächst geprüft werden, ob die Bank aus ihrer für Rechnung ihres Kunden eingegangenen Verpflichtung, "auf erstes Anfordern" zu zahlen, akzessorisch haftet. Die Bank würde in einem solchen Falle nur dann zahlen müssen, wenn eine wirksame Hauptverbindlichkeit bestünde. Der Gläubiger (Begünstigte) erhielte lediglich eine Sicherung seines Insolvenzrisikos, während er in den Fällen, in denen eine wirksame Hauptverbindlichkeit gegen den Schuldner nicht zur Entstehung gelangt oder später fortgefallen ist, schutzlos bliebe. Als Rechtsform einer akzessorischen Haftung käme in erster Linie die Bürgschaft in Betracht.

Fraglich erscheint, ob eine akzessorische Haftung der Bank etwa schon deshalb entfällt, weil in der Regel noch keine Hauptverbind-

35 Heck S. 380; auch Gramm bei Palandt, Einf. vor § 765, Ziff. 3c, verwendet für den Fall, daß die Gefahr eine Forderung betrifft, den Ausdruck "Forderungsgarantie".

lichkeit besteht, wenn die Bank ihre Zahlungsverpflichtung eingeht: Der befürchtete Schaden, bedingt durch das Eintreffen eines unerwünschten oder das Ausbleiben eines erhofften Ereignisses, ist ja noch gar nicht eingetreten. Dies allein hindert jedoch nicht, in der "Forderungsgarantie" der Bank eine akzessorische Verpflichtung zu sehen. Die Forderung des Gläubigers (Begünstigten) gegen die Bank ist künftig und durch den Eintritt des "Garantiefalls" bedingt, so daß auch für eine solche Forderung eine Bürgschaft übernommen werden könnte (§ 765 Abs. 2 BGB). Die Höhe dieser Forderung steht zwar noch nicht fest, da der bei Eintritt des Garantiefalls befürchtete Schaden noch nicht meßbar ist. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung³⁶ kann eine Hauptverbindlichkeit jedoch dann bereits zum Gegenstand einer Bürgschaftsverpflichtung gemacht werden, wenn sie wenigstens bestimmbar ist. Das ist hier der Fall, da die Garantie der Bank klarstellt, wann und wodurch der befürchtete Schaden ausgelöst wird und worin er besteht, und da zudem die Verbindlichkeit meist durch einen Haftungshöchstbetrag nach oben hin abgegrenzt ist. Hiernach könnte die "Forderungsgarantie" der Bank als eine akzessorische Haftung angesehen werden.

Die Klausel "Zahlung auf erstes Anfordern" gibt jedoch zu Bedenken Anlaß. Es erscheint fraglich, ob in diesem Versprechen der Bank, sofort auf Verlangen des Begünstigten zu zahlen, nicht ein so weitgehender Verzicht auf Einreden und Einwendungen zu sehen ist, daß er mit einer akzessorischen Haftung nicht mehr zu vereinbaren wäre.

Man kann diese Klausel nicht so interpretieren, daß man in ihr nur eine Verdeutlichung eines Rechtes der Bank ihrem Kunden ge-

36 BGHZ 25, 318, 319

genüber sieht, das sich aus Ziffer 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken ergibt. Diese Ziffer lautet:

"Wird die Bank aus einer im Auftrage oder für Rechnung ihres Kunden übernommenen Bürgschaft in Anspruch genommen, so ist sie auch ohne gerichtliches Verfahren auf einseitiges Anfordern des Gläubigers zur Zahlung berechtigt."

Diese Berechtigung besteht für die Bank im Innenverhältnis ihrem Kunden gegenüber; die Sofortzahlungsklausel bedeutet jedoch mehr: sie gibt im Außenverhältnis der Bankverpflichtung dem begünstigten Gläubiger gegenüber ihr Gepräge. Fraglich erscheint nur, wie weit die Bank dem Gläubiger gegenüber gebunden ist und in welchem Umfang sie damit auf Einreden und Einwendungen verzichtet.

Man könnte in der Klausel "Zahlung auf erstes Anfordern" lediglich eine Beweiserleichterung für den begünstigten Gläubiger sehen: die Bank läßt das Anfordern des Gläubigers beziehungsweise dessen ausdrücklich oder durch das Anfordern konkludent zum Ausdruck gebrachte Behauptung des effektiven Schadenseintritts genügen, um einstweilen den Garantiebetrug an den Gläubiger auszuzahlen. Hier-nach käme dem Anfordern eine bloß formal-verfahrensrechtliche Bedeutung zu. Die Bank würde nur bei Bestehen einer wirksamen Hauptverbindlichkeit zur endgültigen Zahlung verpflichtet sein. Ihre "Forderungsgarantie" wäre also akzessorisch; durch das Anfordern und die darauf erfolgende einstweilige Zahlung würde ein Schwebezustand geschaffen, bei dem der Begünstigte den Vorteil hätte, bei einem Rechtsstreit bereits im Besitz des Geldes zu sein. Die Parteirollen wären ausgetauscht; er wäre Beklagter und könnte dem Klagevorbringen des zurückfordernden Bürgen oder Hauptschuldners entgegensetzen.

Diese Auffassung wird von Zahn³⁷ vertreten. Zahn sieht das Anfordern als bloß formal-verfahrensrechtliches Mittel an, um eine einstweilige Zahlungsverpflichtung der Bank auszulösen. Da aber Zahn die sich hieraus ergebende Konsequenz, nämlich daß die Bankverpflichtung akzessorisch sei, nicht zieht³⁸, soll an dieser Stelle auf die Auffassung Zahns nicht näher eingegangen werden³⁹.

Die Sofortzahlungsklausel bedeutet für den Begünstigten jedoch mehr als lediglich eine Beweiserleichterung: sie soll zum Ausdruck bringen, daß die Bank sich klar an den Wortlaut ihrer Verpflichtung hält und zahlt, sobald das Anfordern des Begünstigten vorliegt. Damit verzichtet die Bank notwendigerweise auf alle die Einreden und Einwendungen, die sie als Bürgin geltend machen könnte. Insbesondere begibt sie sich des Einwandes, daß eine wirksame Hauptverbindlichkeit nicht bestünde. Die Frage, ob ein derart weitgehender Verzicht auf Einreden und Einwendungen mit der Rechtsnatur der akzessorischen Bürgenverpflichtung noch vereinbar sei, wird von Lehre und Rechtsprechung einhellig verneint.

Es ist zwar anerkannt, daß der Bürge auf sogenannte besondere Einreden verzichten kann, so etwa auf die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB), die Einrede der Anfechtbarkeit (§ 770 Abs. 1 BGB), die Einrede der Aufrechenbarkeit (§ 770 Abs. 2 BGB), die analog § 770 BGB entwickelten Einreden der Wandelbarkeit und der Minderbarkeit sowie die ihm aus § 776 BGB zustehenden Rechte⁴⁰.

37 S. 191

38 Zahn bezeichnet S. 190 aaO die Bankgarantien als "echte Garantie-Verträge im Sinne des bürgerlichen Rechts".

39 Vgl. hierzu unten S. 42 f.

40 RGZ 153, 345; Brändl in Staudinger § 768 Anm. 13 am Ende

Auch der Verzicht auf Einreden allgemeiner Natur, wie zum Beispiel Stundung und Verjährung, berühren die Rechtsnatur der Bürgschaft nicht⁴¹. Falls der Bürge auf Einreden oder Einwendungen verzichtet, die aus dem zu sichernden Schuldverhältnis entspringen und sich insbesondere auf Entstehungsmängel der Hauptverbindlichkeit beziehen, dann ist dieser Verzicht mit der abhängigen Natur des Bürgschaftsverhältnisses nicht mehr zu vereinbaren⁴².

41 Vgl. RGZ Warn-Rspr. 1919 Nr. 166. Hier stand zur Entscheidung, ob der Bürge stillschweigend auf die Einrede der Verjährung verzichtet habe. Das Reichsgericht verneinte, daß ein solcher Verzicht vorlag. Es führte jedoch aus (für die Fälle, in denen ein Verzicht zustandegekommen sei): "Daß § 768 BGB nicht zwingendes Recht ist, sondern abweichende Vereinbarungen zuläßt, soweit es sich um Einreden allgemeiner Natur handelt, nicht um solche, die dem besonderen Schuldverhältnis entspringen und hinsichtlich derer ein Verzicht der Beklagten mit der abhängigen Natur des Bürgschaftsverhältnisses überhaupt nicht vereinbar sein würde, ist anzuerkennen." Gleicher Ansicht auch Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 768 Anm. 6; Brändl in Staudinger § 768 Anm. 13; Fischer in BGB-RGRK § 768 Anm. 6 mit der Einschränkung, daß ein solcher Verzicht auf Einreden allgemeiner Art zwar mit der Bürgschaft vereinbar sei, daß jedoch im Umfange des Verzichts ein selbständiges Schuldversprechen oder ein Garantievertrag vorliege.

42 So Erdsiek-Mühl in Soergel-Siebert § 768 Anm. 6; Brändl in Staudinger Anm. 13; Fischer in BGB-RGRK § 768 Anm. 6; vgl. auch (für das österreichische Recht) Schinnerer, I. Teil, S. 75f. "Für die Bürgschaft hat darüber hinaus Rsp. 13, 50 allgemein festgestellt, daß der Bürge nicht im vorhinein auf alle möglichen Einwendungen, auch des Hauptschuldners, verzichten kann." Gleicher Ansicht ist auch das Reichsgericht. In RGZ JW 1916, 398 Ziff. 4 hatte der Bürge sich im Bürgschaftsvertrage damit einverstanden erklärt, daß der Gläubiger mit dem Schuldner jeden beliebigen Vergleich über die verbürgte Forderung mit Zustimmung des Bürgen schließen dürfe, ohne daß davon die Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen berührt werden sollten. Es kam zu einem solchen Vergleich. Das Reichsgericht entschied, daß es nicht darauf ankomme, ob durch den zustandegekommenen Vergleich die Hauptverbindlichkeit erloschen sei oder nicht;

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß die Bank durch die Klausel "Zahlung auf erstes Anfordern" dem Begünstigten gegenüber auch auf die Einwendung verzichtet, eine Hauptverbindlichkeit sei nicht zur Entstehung gelangt oder später weggefallen, und damit aus einer Forderungsgarantie verpflichtet ist, die zu der Hauptverbindlichkeit nicht mehr in einem Abhängigkeitsverhältnis steht. Damit haftet

denn auf jeden Fall sei der Beklagte eine Schuldverpflichtung besonderer Art eingegangen, die mit dem Rechtsinhalt des Bürgschaftsvertrages, wie ihn die §§ 765 - 777 BGB regelten, nicht vereinbar sei und über diesen Rahmen hinausginge. Vgl. hierzu auch die schon oben (Anm. 41) erwähnte Entscheidung RGZ Warn.Rspr. 1919 Nr. 166. - In RGZ 153, 338 hatte sich die Erstbeklagte für die Schuld eines eingetragenen Vereins verbürgt, dessen Vermögen später auf Grund der nationalsozialistischen Gesetze über die Einziehung kommunistischen beziehungsweise volks- und staatsfeindlichen Vermögens eingezogen worden war. Das Reichsgericht ging von der - auch in RGZ 148, 65 vertretenen - Rechtsansicht aus, daß hier mit dem Schuldner die Hauptverbindlichkeit weggefallen sei, so daß es entscheidend darauf ankomme, ob die Erstbeklagte sich lediglich verbürgt habe oder ob sie eine von der erloschenen Schuld unabhängige Verpflichtung übernommen habe. Das Reichsgericht untersuchte die Verpflichtungsurkunde auf Verzichte der Erstbeklagten auf ihr zustehende Rechte und kam zu dem Ergebnis, daß diese zwar auf ihre Rechte für den Fall verzichtet habe, daß zwischen Gläubiger und Schuldner ein freiwilliger Vergleich geschlossen werde. Durch Verzicht auf diesen Einwand sei die Erstbeklagte insoweit über den Rahmen eines Bürgschaftsversprechens hinausgegangen. Da dieser Fall jedoch nicht eingetreten sei, habe sich an dem Charakter der Bürgschaft nichts geändert und die Verpflichtung sei dadurch im ganzen noch nicht zu einem selbständigen Schuldversprechen geworden. Das Reichsgericht bemerkte ferner, daß durch Verzicht auf Einreden allgemeiner Art (etwa auf die Einrede der Stundung oder der Verjährung), die nicht dem Hauptschuldverhältnis selbst entspränge, der Grundcharakter der Bürgschaft im ganzen nicht aufgehoben würde. Das Reichsgericht sah in der Verpflichtung der Erstbeklagten keine von der erloschenen Hauptschuld unabhängige Verpflichtung und verwies die Sache zur nochmaligen Prüfung an die Vorinstanz zurück.

die Bank nicht akzessorisch und kann Einreden und Einwendungen aus dem Grundgeschäft nicht geltend machen.

Diese Meinung wird in der Literatur überwiegend vertreten. So sieht Zahn⁴³ in der Bankverpflichtung einen "echten Garantie-Vertrag im Sinne des bürgerlichen Rechts". Fischer⁴⁴ hält die Klausel, daß die Bank sich verpflichtet, auf erstes Anfordern des Gläubigers Zahlung zu leisten, für wirksam, aber mit der Annahme einer Bürgschaft nicht mehr für vereinbar. Kemmer⁴⁵ sieht in der Bankverpflichtung ein abstraktes, unwiderrufliches Zahlungsversprechen für den Eventualfall. Suda sieht in der Forderungsgarantie der Bank eine einseitige, selbständige und selbstschuldnerische Verpflichtung besonderer Art⁴⁶, bei der durch die Klausel "Auszahlung auf erstes Anfordern" Einreden aus dem Grundgeschäft nicht zulässig seien, so daß eine abstrakte Verbindlichkeit vorliege⁴⁷.

Trost-Schütz⁴⁸ meinen, daß bei Bankverpflichtungen im Außenhandelsgeschäft erfahrungsgemäß die Garantie als einem abstrakten Zahlungsversprechen gegenüber der Bürgschaft der Vorzug gegeben werde. Die Rechtsprechung hat sich in einer nicht weit zurückliegenden Entscheidung mit der Klausel "Zahlung auf erstes Anfordern" befaßt⁴⁹. Das Landgericht Frankfurt/Main prüfte die

43 aaO S. 190

44 in BGB-RGRK § 768 Anm. 6

45 S. 80

46 S. 76

47 S. 77

48 S. 323 Nr. 5 Ziff. 1 b)

49 LG Frankfurt/Main in NJW 1963, 450

Frage der Akzessorietät und kam zu dem Ergebnis: "Die Verpflichtung, auf erste schriftliche Nachricht Zahlung zu leisten, ist eine **Garantie** und keine Bürgschaft."

Scheuermann⁵⁰ läßt es im Falle des Anzahlungsavals⁵¹ unentschieden, ob eine Bürgschaft oder eine Garantie vorliege. Er sieht darin im Regelfalle eine akzessorische Haftung, weil sich die üblichen Formulierungen des Anzahlungsavals auf die gesetzliche Regelung der Bürgschaft bezögen. Scheuermann räumt jedoch ein, daß die Sofortzahlungsklausel mehr auf eine Garantie schließen lasse. Schinnerer⁵² kommt bei seinen sich im Wesentlichen auf das österreichische Recht beschränkenden Untersuchungen zu dem Ergebnis, daß die Haftung der Bank nicht von der Hauptverbindlichkeit abhängt. Hierbei mißt er jedoch der Bankzusage, "über erste Aufforderung zu zahlen", keine Bedeutung zu und hält sie nur für eine rechtlich nicht bedeutsame Bekräftigung der Bereitschaft, im Falle des Eintritts der vertraglich vorgesehenen Bedingungen Zahlung zu leisten. Als entscheidend sieht Schinnerer den Umstand an, daß die Bank "unter Verzicht auf alle Einwendungen" ihre Verpflichtung übernehme. Er behauptet, diese Klausel sei für Bankgarantien so typisch, daß sie kraft Handelsbrauch auch in den Fällen als vereinbart gelten müsse, in denen sie in den Vertragstext nicht aufgenommen sei. Schinnerer begründet diese Ansicht damit, daß die Bankgarantie - sollte man die Möglichkeit des stillschweigenden Verzichts der Bank auf Einwendungen kraft Handelsbrauchs verneinen - für den Begünstigten keinen Wert mehr besitze. Folgerichtig mißt Schinnerer dem

50 aaO S. 195 Anm. 8

51 Vgl. oben 1. Abschnitt, 1. Kapitel, c, S. 5

52 S. 140

ausdrücklich erklärten Einredeverzicht der Bank nur deklaratorische Bedeutung zu.

Auf dem Gebiete des schweizerischen Rechts kommt Bär⁵³ zu einem anderen Ergebnis. Er bezeichnet die Bankgarantien als akzessorische Sicherungsversprechen, also als Bürgschaften, und begründet seine Auffassung unter anderem damit, daß die Bank grundsätzlich nur das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Grundsschuldners decke und daß ihre Leistungspflicht stets negativ formuliert sei, daß sie also nur dann leisten wolle, wenn und soweit der Grundschuldner nicht geleistet habe. Die Garantie, "auf erste Aufforderung" des Grundgläubigers zu zahlen, sieht Bär als Solidarbürgschaft an, d.h. der Bürge verzichtet auf die Einrede der Vorausklage (Art. 495, 496 OR). - Gegen den Ausgangspunkt der von Bär gezogenen Schlußfolgerungen ist einzuwenden, daß die Bank ihre Leistungspflicht positiv (Zahlung auf Anfordern) und nicht negativ (Zahlung erst dann, wenn der Bankkunde nicht leistet) formuliert. Außerdem ist der Zweck der Bankgarantie im Außenhandelsgeschäft nicht nur, das Insolvenzrisiko abzudecken, sondern auch, dem Begünstigten ein brauchbares Instrument zur Durchsetzung seiner Ansprüche ohne Inanspruchnahme des Rechtsweges zur Verfügung zu stellen. Reichwein zweifelt sogar an, ob man überhaupt zu einer Klärung der Frage der Akzessorietät kommen könne, da es unmöglich sei, zwischen Bürgschaft und Garantieversprechen brauchbare Abgrenzungskriterien herauszuarbeiten⁵⁴.

53 S. 64 f.

54 S. 375 "... Dieser Wesensunterschied wird richtig darin erkannt, daß die Bürgschaft akzessorischer Natur ist, der Garantievertrag dagegen auf einem selbständigen Schuldversprechen beruht. So zutreffend diese Unterscheidung auch ist, bietet sie doch der Praxis kein brauchbares Kriterium der Abgrenzung. Die Fest-

Im englischen Recht wird der Begriff "guarantee" im engeren Sinne für eine dem deutschen Recht im Wesentlichen entsprechende Bürgschaft gebraucht.

So definiert Dow⁵⁵ die "guarantee" wie folgt:

"A guarantee is an accessory contract, whereby the promisor undertakes to be answerable to the promisee for the debt, default, or miscarriage of another person, whose primary liability to the promisee must exist or be contemplated."

Paget⁵⁶ faßt den Begriff folgendermaßen:

"A guarantee is a promise to answer for the debt of another, made to a person to whom that other is already, or is about to become, liable."

Sheldon⁵⁷ meint:

"A guarantee is a written promise made by one person to be collaterally answerable for the debt, default or miscarriage of another person."

Chorley⁵⁸ gibt folgende Definition:

stellung der Selbständigkeit oder aber der Akzessorietät eines Schuldversprechens bedeutet ein Resultat, eine Schlußfolgerung und nicht etwa ein Mittel der Erkenntnis, welcher der beiden Vertragstypen im Einzelfalle vorliege. Der Rechtsstreit entsteht nämlich regelmäßig gerade deshalb, weil - jeder zu seinem Vorteile - der Promittent akzessorische Haftung, also Bürgschaft, behauptet, der Promissar dagegen selbständige Haftung, also Garantieverprechen. Wenn in einem Urteil (vgl. BGE 75 II 53) ausgeführt wird, eine bestimmte Verpflichtung stelle ein selbständiges Schuldversprechen dar und sei, weil nicht akzessorischer Natur, als Garantieverprechen zu qualifizieren, so ist dies lediglich eine Definition ohne Wert für die Rechtsfindung und zugleich eine *petitio principii*."

55 Dow in Halsbury's Law of England, Third Edition, vol. 18, S. 411

56 S. 522

57 S. 348

58 S. 236

"A guarantee is a promise by one person, who is called the "guarantor" or "surety", to answer for the present or future debt of another person, who is called the "principal debtor", such promise being made to the party to whom the principal debtor is, or will become, liable."

Wesensmerkmal dieser "guarantee" im engeren Sinne ist die Akzessorietät: der guarantor (surety) geht eine "secondary liability" ein, die von der "primary liability" des "principal debtor" abhängig ist⁵⁹. Fraglich ist, ob die Klausel "payment on first demand" die Bankverpflichtung derart umgestaltet, daß die Bank nicht mehr akzessorisch (accessory, collaterally⁶⁰) haftet, sondern aus einer "direct responsibility" verantwortlich ist. Diese Frage ist nach Feststellung des Verfassers im englischen Recht bisher nicht entschieden worden, doch sollten die gleichen Argumente, die oben bei der Untersuchung dieser Frage auf dem Gebiete des deutschen Rechts gebraucht worden sind, auch hier zum gleichen Ergebnis führen: die Klausel "payment on first demand" ist mit dem für die "guarantee" im engeren Sinne wesentlichen Merkmal der Akzessorietät unvereinbar. Im Gespräch mit Fachleuten der Londoner City hat der Verfasser diese Auffassung bestätigt gefunden. Der Bankier sieht in der Klausel "payment on demand" ein Versprechen, bei dem

59 Vgl. die Entscheidung *Coutts & Co. v. Browne-Lecky and others* (1946) 2 All E. R. 207; (1947) K. B. 104. Hier brauchte der Bürge, der für von einer Bank an einen Minderjährigen ausgeliehenes Geld eine "guarantee" übernommen hatte, nicht zu zahlen, weil wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Darlehnsnehmers keine wirksame Hauptverbindlichkeit bestand.

60 Hinsichtlich der Terminologie herrscht keine Übereinstimmung. Die Begriffe "accessory" und "collaterally" werden meist synonym gebraucht (so Weissenstein S. 29). Dow (in Halsbury's Law of England, Third Edition, vol. 18, S. 412 - 767 -) weist jedoch darauf hin, daß "collaterally" lediglich "parallel" bedeute und auch im Statute of Frauds nicht vorkomme.

er zu seinem gegebenen Wort steht, und damit eine "direct responsibility on his own debit" eingeht, die nicht mehr als eine akzessorische Verpflichtung angesehen werden kann. Es ist mit dem Prestigedenken eines angesehenen Bankhauses unvereinbar, diese Zahlungsverpflichtung anders aufzufassen.

Zudem wird der Begriff "guarantee" im Geschäftsleben häufig im weiteren Sinne verwendet. Sommervell, C.J., bemerkte in einer kürzlich ergangenen Entscheidung⁶¹ hierzu:

"The word guarantee is often used in other than its legal sense."

Auch in einer weit zurückliegenden Entscheidung⁶² wird dem Wort "guarantee" nicht viel Bedeutung beigemessen.

61 Heisler v. Anglo-Dal, Ltd. (1954) 2 All E.R. 770, C.A., auf Seite 772 B. Hier hatten die Beklagten sich verpflichtet, vom Kläger einen größeren Posten Aluminium zu kaufen und zu dessen Gunsten durch eine Bank ein Akkreditiv stellen zu lassen, falls der Kläger seinerseits eine 10% des Warenwertes deckende Garantie beibringe. Die ganze geschäftliche Transaktion scheiterte schließlich daran, daß der Kläger persönlich eine Garantieerklärung abgab, die Beklagten sich hiermit jedoch nicht zufriedengaben und eine Garantie einer Bank oder einer dritten Partei verlangten. Das Gericht entschied in beiden Instanzen, daß die Verpflichtung "to furnish a guarantee" auch durch die persönliche Garantieerklärung des Klägers erfüllt werden durfte.

62 Barker v. McAndrew, (1865), 18 C.B.N.S. 759. Hier hatte der Beklagte in einer Charterparty garantiert, mit dem Schiff "Smyrna" im Oktober, spätestens Anfang November 1863 an einem bestimmten englischen Hafen zu sein, um eine für Alexandria bestimmte Kohlenlandung aufzunehmen, es sei denn, daß höhere Gewalt oder eine Reihe weiterer Umstände dies unmöglich machen sollten. Das Schiff erreichte den Ladeplatz nicht rechtzeitig, da einer der bezeichneten Umstände eingetreten war. Der Streit ging darum, ob dieser Umstand zu Gunsten des Beklagten auch für den Teil der Schiffsreise vor der Beladung gelte oder ob die Garantie, die "Smyrna" werde im Oktober oder Anfang November

Zur Klausel "payment on demand" in einer "guarantee" wäre die Auffassung denkbar, daß hiermit nur der Lauf der (bei einer "under hand" gegebenen "guarantee" nach dem Statute of Limitations⁶³ sechs Jahre betragenden) Verjährungsfrist gehemmt werden solle. So sind Parker/Megrah der Auffassung⁶⁴:

"... In Bradford Old Bank, Ltd. v. Sutcliffe⁶⁵ it was held, that no cause of action arose against the surety until demand has been made."

Paget⁶⁶ bezieht sich auf die gleiche Entscheidung⁶⁷ und führt aus:

"... the Statute does not begin to run till such demand has been made..."

In diesem Rechtsstreit ging es darum, ob bei einer "guarantee", die ein Dritter als Bürge für die Schuld eines Kunden der Bank gegenüber abgegeben hatte, die Klausel "payment on demand" eine "condition precedent" für die Erhebung einer Klage gegen den Bürge war und ob deshalb die Verjährung erst mit dem Anfordern zu

1863 an Ort und Stelle sein, auf jeden Fall eine Haftung des Beklagten für pünktliches Eintreffen des Schiffes am Ladeplatz begründe. Das Gericht wies die Klage ab. Wills, J., entschied (aaO 773): "I am not aware that the word (sc. "guaranteed") has any technical meaning, except in the case of a guarantee for the debt or default of another. As used in this charterparty, it means no more than a contract or engagement on the part of the owner that the vessel shall be ready at the loading place to receive her cargo within the stipulated time, unless prevented by an accident happening from a peril of the sea without any default on his part..."

63 2 & 3 Geo. 6, C.21 Limitation Act, 1939, s.25(6)

64 in Halsbury's Law of England, Third Edition, vol. 2, Seite 240 Fußnote (c)

65 (1918) 2 K.B. 833, C.A.

66 S. 549

67 Bradford Old Bank, Ltd. v. Sutcliffe (1918) 2 K.B. 833, C.A.

laufen begann. Diese Frage bejahte das Gericht⁶⁸. Für das hier zu lösende Problem, ob die Klausel "payment on demand" mit dem Prinzip der Akzessorietät vereinbar sei oder nicht, kann diese Entscheidung⁶⁷ nicht herangezogen werden. Einerseits ist die Interessenlage völlig verschieden, da in diesem Rechtsstreit die Bank Begünstigte und nicht Bürgin war, andererseits, weil die Frage der Verjährung bei Bankgarantien fast völlig bedeutungslos ist; denn sie werden meist mit einem genau festgesetzten Verfallsdatum (oder in seltenen Fällen mit einem Kündigungsrecht der Bank⁶⁹) ausgestattet. Die Klausel "payment on demand" bedeutet deshalb keine spezielle Verjährungsregelung, sondern genau das, was die Worte besagen: das Anfordern des Begünstigten allein löst die Zahlungsverpflichtung aus, unabhängig von dem Bankkunden zustehenden Einwendungen. Man kann aus der Tatsache, daß bei Bürgschaften die Klausel "payment on demand" den Lauf der Verjährung hemmt, nicht den Umkehrschluß ziehen, daß eine mit dieser Klausel versehene "guarantee" einer Bank deswegen eine Bürgschaft sein müsse.

68 Die gleiche Auffassung, nämlich daß bei einer "guarantee" die Klausel "payment on demand" eine "condition precedent" für die Klageerhebung sei, ohne die das Statute of Limitations nicht zu laufen beginne, findet sich auch in den beiden folgenden Entscheidungen: *In re J. Brown's Estate. Brown v. Brown* (1893) 2 Ch. 300; *Joachimson v. Swiss Bank Corporation* (1921) 3 K. B. 110, C. A.

69 vgl. 1. Abschnitt, 1. Kapitel, g, S. 8 bei den "guarantees to enable insurance companies to operate abroad" oder den "travel ticket agency-guarantees"

Kapitel 3

DIE BEDEUTUNG DER SOFORTZAHLUNGSKLAUSEL

Die Untersuchungen im vorigen Kapitel führten zu dem Ergebnis, daß die Forderungsgarantie der Bank eine nicht-akzessorische Zahlungsverpflichtung ist, bei der der Bank Einreden und Einwendungen aus dem Grundgeschäft abgeschnitten sind.

In diesem Kapitel soll zunächst die Frage untersucht werden, ob die Bank das Anfordern des Begünstigten auf seine Berechtigung hin überprüfen darf bzw. anders formuliert ob für die Auslösung ihrer Zahlungsverpflichtung bereits das bloße Anfordern des Begünstigten oder erst der effektive Schadenseintritt maßgebend ist.

Es sei vorausgeschickt, daß die Bank im Innenverhältnis zum Kunden keine Verpflichtung hat, das Zahlungsverlangen des Begünstigten auf seine Berechtigung zu überprüfen. Das geht klar aus Ziffer 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hervor, wonach die Bank zur sofortigen Zahlung berechtigt ist.

Ob die Bank im Außenverhältnis dem Begünstigten gegenüber ein Prüfungsrecht hat, ob sie sich davon überzeugen darf, daß der zu sichernde Schadensfall wirklich eingetreten ist oder ob sie sich dem bloßen Anfordern des Begünstigten widerspruchslos zu beugen hat, ist eine Kardinalfrage des Garantierechts und berührt die Interessen des Begünstigten und des Bankkunden in einschneidender Weise.

Die Interessen der Parteien des Grundgeschäfts sind in ihrer Zielrichtung einander völlig entgegengesetzt. Die Bank als Dritte fühlt sich dabei etwas unbehaglich: zu leicht droht sie in die unbequeme Rolle eines Mittlers oder gar Richters zwischen den Parteien

hineingezogen zu werden. Nur eine gerechte Abwägung der Parteiinteressen unter Berücksichtigung der Position der Bank kann zu einer sachgerechten Lösung des Problems führen:

Dem Bankkunden geht es vor allem darum, daß das entscheidende Moment für die Auslösung der Zahlungspflicht der Bank der effektive Schadenseintritt sein muß. Nur so hat er die Gewähr dafür, daß die Bank für seine Rechnung erst dann zahlt, wenn er tatsächlich dem Begünstigten gegenüber für einen entstandenen Schaden eintreten muß. Faßt man die Forderungsgarantie der Bank in dieser den Vorstellungen des Kunden entgegenkommenden Weise auf, dann entspricht sie dem von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Begriff des Garantievertrages. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁷⁰ ist unter einem Garantievertrag der selbständige Vertrag zu verstehen, worin sich jemand verpflichtet, für das Eintreten eines bestimmten Erfolges einzustehen oder die Gefahr eines (die Gewähr für einen) künftigen, noch nicht entstandenen Schaden (Schadens) zu übernehmen, insbesondere, worin jemand dem Unternehmen eines anderen dadurch Unterstützung und Förderung zuwendet, daß er die damit verbundene Gefahr ganz oder teilweise übernimmt. Diese von der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Kriterien lassen sich auf die Forderungsgarantie der Bank anwenden: der Schaden wird beispielsweise bei der Bietungsgarantie durch die Nichtunterzeichnung des Kontraktes trotz Zuschlagerteilung oder bei einer Lieferungs- oder Anzahlungsgarantie durch Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages ausgelöst. Insoweit sei auf den ersten Abschnitt verwiesen, wo das 1. Kapitel ("Übersicht über das Anwendungsgbiet der Bankgarantien") eine hinreichende Vorstellung

70 so etwa RGZ 90, 415, 418 und RGZ 146, 120, 123

der von der Bank übernommenen Risiken vermittelt. Hiernach könnte man dazu neigen, die Forderungsgarantie der Bank als einen Garantievertrag aufzufassen.

Die Interessen des Begünstigten sind andere: Er will durch eine Bankgarantie nicht nur das Insolvenzrisiko vermeiden, sondern er will vor allem die Sicherheit erhalten, daß auf sein Anfordern hin die Bank gleichsam automatisch zahlt. Damit möchte sich der Begünstigte gegen Verzögerungen und die lästige Notwendigkeit schützen, in der Rolle des Klägers einen langwierigen Prozeß mit den damit verbundenen Schwierigkeiten (Beweisrisiko!) führen zu müssen. Er sieht deshalb sein bloßes Anfordern als ausreichend dafür an, die Bank zur Zahlung zu zwingen. Sieht man dieses Anfordern des Begünstigten als entscheidendes Merkmal der Forderungsgarantie der Bank an, dann ist die Bankgarantie einem abstrakten Zahlungsverprechen wesensähnlich; denn in diesem Falle ist die Zahlungsverpflichtung der Bank abstrakt aufzufassen; sie wird allein durch das Anfordern des Begünstigten ausgelöst, dieses ist die einzige Bedingung.

Bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien des Grundgeschäfts erscheint das Interesse des Begünstigten schutzwürdiger: Die Forderungsgarantie der Bank ersetzt im Grunde das "klassische" Sicherungsmittel, nämlich die Stellung eines Bar-Depots oder die Hinterlegung von Sicherungs- oder Kautionswechseln. Diese Formen sind in manchen Ländern auch heute noch anzutreffen⁷¹. Der Begünstigte ist hier zur Einziehung des zur Sicherung hinterlegten Betrages oder zur Präsentation des (Sicht-)Wechsels

71 Vgl. 1. Abschnitt, 2. Kapitel, f), S. 17 f.

befugt, wann immer es ihm beliebt. Er hat keinerlei Nachweis für die Berechtigung seines Handelns zu erbringen. Da bares Geld als Sicherungsmittel unverhältnismäßig hohe Kosten verursacht, ist im modernen Bankgeschäft die Bankverpflichtung, "auf erstes Anfordern" zu zahlen, an die Stelle des Bar-Depots getreten. Diese Ansicht taucht auch in einer nur kurz zurückliegenden Entscheidung des Landgerichts Frankfurt/Main⁷² auf, wo es heißt:

"...Denn das Versprechen der Bank, auf erste Anforderung des Gläubigers ihres Kunden zu zahlen, soll sowohl im deutschen wie im internationaler Zahlungsverkehr die Hinterlegung von Bargeld-Depots oder von Kautions- und Depotwechseln ersetzen und dient der Sicherung einer alsbaldigen Zahlung nach Fälligkeit, ohne daß es darauf ankommt, welche Einwendungen der Zahlungsschuldner und Kunde der Bank vorbringen will und kann..."

Gleicher Ansicht ist auch Kemmer⁷³, der die Garantie der Bank als Ersatz für einen durch den Verpflichteten zugunsten des Begünstigten für den Eventualfall zu deponierenden Währungsbetrages bezeichnet.

Der Begünstigte darf durch die Garantie der Bank, "auf erstes Anfordern" zu zahlen, nicht schlechter gestellt werden als in den Fällen, in denen er bares Geld als Sicherheit entgegennimmt. Die Verpflichtung der Bank darf ihm gegenüber deshalb nicht an Wert einbüßen. Falls er anfordert, muß gleichermaßen automatisch Zahlung erfolgen, ohne daß er verpflichtet ist, die Berechtigung seines Anforderns nachweisen zu müssen. Dieses Interesse des Begünstigten muß für den Umfang der Zahlungsverpflichtung der Bank bestimm-

72 NJW 1963, 450, 451

73 S. 80

mend sein. Das Anfordern löst deshalb bereits die materiell-rechtliche Zahlungsverpflichtung der Bank aus.

Eine solche Auffassung wird auch den Interessen der Bank gerecht, die Bank will uneingeschränkt zu dem von ihr gegebenen Wort stehen und bei Anfordern sofort zahlen. Eine andere Auffassung wäre mit dem Prestigedenken eines angesehenen Bankhauses nicht nur unvereinbar, sie wäre darüber hinaus für die Bank auch sehr gefährlich: zu leicht könnte die Bank in die Rolle eines Schiedsrichters zwischen den Parteien des Grundgeschäfts hineingedrängt werden. Sie hätte - würde man ihr ein Prüfungsrecht zugestehen oder würde sie sogar ein solches für sich in Anspruch nehmen - dann konsequenterweise zu entscheiden, ob sie der vom Begünstigten gegebenen Schilderung des Schadensfalles oder der Darstellung ihres Kunden, der sich gegen eine Inanspruchnahme aus der Garantie wehrt, mehr Glauben schenken soll. Eine solche Schiedsrichterrolle wäre für die Bank nicht nur sehr unbequem, die Bank hätte im konkreten Fall aber auch kaum die Möglichkeit oder die Fähigkeit, eine Prüfung der materiellen Rechtslage vorzunehmen. Hierzu wären nicht nur umfangreiche Fachkenntnisse (wann ist beispielsweise bei einer Lieferungsgarantie ein Hebekran fachgerecht konstruiert, wann eine Wolllieferung wegen zu hohen Feuchtigkeitsgehalts mangelhaft?) erforderlich, die Bank müßte vielmehr auch die meist sehr umfangreichen Kontraktbestimmungen, die Begünstigter und Kunde miteinander vereinbart haben, genau kennen, um feststellen zu können, ob die erfolgte Leistung vertragsgerecht ist oder nicht. Die Bank ist gar nicht daran interessiert, in den Vertrag zwischen ihrem Kunden und dem Begünstigten miteinbezogen zu werden. Sie will innerhalb ihres "Bankhorizontes" selbst entscheiden können, wann sie zu zahlen hat und wann nicht. Sie bevorzugt es deshalb, die Aus-

lösung ihrer Zahlungsverpflichtung an eine solche Voraussetzung wie das "erste Anfordern" zu knüpfen, von deren Eintritt sie sich leicht überzeugen kann, ohne außerhalb ihres Geschäftsbereichs liegende Untersuchungen anstellen zu müssen.

Die Auffassung, daß die Bank gegenüber dem Begünstigten nicht die Berechtigung seines Anforderns nachprüfen dürfe, wird in der Literatur fast einhellig vertreten. So weist Unger⁷⁴ darauf hin, daß die Bank in eine ihre Aufgaben übersteigende Schiedsrichterrolle gedrängt würde, wenn sie die Behauptung des Begünstigten, der die Zahlung auslösende Tatbestand sei eingetreten, überprüfen müsse. Trost-Schütz⁷⁵ sind wohl der gleichen Auffassung, wenn sie der Bank raten, nur solche Garantien zu übernehmen, in denen sie sich zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet, um nicht in eine unangenehme Lage zwischen den Parteien zu geraten (Begünstigter behauptet das Vorliegen der Zahlungsvoraussetzung, der Bankkunde bestreitet). Daraus geht offensichtlich hervor, daß die Sofortzahlungsklausel die Bank von einer Prüfungspflicht hinsichtlich der Zahlungsvoraussetzung befreit. Kemmer⁷⁶ betont, daß die Bank unverzüglich zu zahlen habe. Scheuermann⁷⁷ spricht sich auf dem Gebiete des Anzahlungsavals dagegen aus, daß es Sache der Bank sei, die Begründetheit des Rückzahlungsanspruchs materiellrechtlich zu überprüfen. Zahn⁷⁸ läßt die bloße Behauptung des effektiven Schadenseintrittes zur Auslösung der einstweiligen Zahlungsverpflichtung

74 S. 59

75 S. 325 Ziff. 3

76 S. 80

77 S. 195

78 S. 191

der Bank genügen und bringt damit zum Ausdruck, daß der Bank im Augenblick des Anforderns ein Prüfungsrecht nicht zustehe. Suda⁷⁹ stellt fest, daß die Auszahlung der Garantiesumme auf erstes Anfordern erfolge - also praktisch ohne Bedingung. Damit vertritt Suda offenbar die Ansicht, daß für die Prüfung der materiellen Rechtslage durch die Bank kein Raum bleibe. Schinnerer⁸⁰ kommt in seinen im wesentlichen das österreichische Recht behandelnden Untersuchungen zu einem anderen Ergebnis: erbürdet der Bank trotz Vorliegen des Anforderns des Begünstigten eine Prüfungspflicht hinsichtlich des effektiven Schadenseintritts auf und sieht in der Sofortzahlungsklausel lediglich eine rechtlich nicht bedeutsame Bekräftigung der Bereitschaft, im Falle des Eintritts der vertraglich vorgesehenen Bedingungen Zahlung zu leisten. Die bloße Behauptung des Bedingungeintritts durch den Begünstigten zur Auslösung der Zahlungsverpflichtung der Bank genügen zu lassen, sieht Schinnerer als unzweckmäßig an. Er geht sogar noch weiter⁸¹: die Bank sei verpflichtet, Einwendungen aus dem Nichtvorliegen der Leistungsvoraussetzungen zu erheben; sie könne diese Fragen nicht der gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen Gläubiger und Schuldner überlassen. Gegen Schinnerers Auffassung soll das bereits oben Gesagte eingewandt werden, insbesondere, daß aus dem Garanten ein Schiedsrichter zwischen den Parteien würde, wenn man ihm die Prüfung des effektiven Schadenseintritts zur Aufgabe machen würde⁸².

79 S. 77

80 S. 140

81 Schinnerer, I. Teil, S. 76

82 Schinnerer (s. 140) bringt ein Beispiel: Die Bank garantiert Zahlung für den Fall, daß Verpackungsmaterial nicht zurückgesandt

Ihrem Wesen nach ist die Forderungsgarantie der Bank abstrakt und sowohl vom Valutaverhältnis (Grundgeschäft zwischen Begünstigtem und Bankkunden) als auch vom Deckungsverhältnis (dem im Innenverhältnis zwischen Bank und Kunden nach § 675 BGB geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag⁸³) unabhängig. Die "Forderungsgarantie" der Bank ist deshalb einem abstrakten Schuldversprechen im Sinne von § 780 BGB sehr ähnlich, unterscheidet sich aber hiervon in einem wesentlichen Punkte: im Regelfall tritt ein Schuldversprechen im Sinne von § 780 BGB neben die Grundverpflichtung und dient lediglich dazu, dem Gläubiger Beweisvorteile einzuräumen, so daß er Tatsachen, auf die sich sein Forderungsrecht aus dem Grundgeschäft stützt, gar nicht vorzubringen und gegebenenfalls zu beweisen braucht⁸⁴. Klagt der Gläubiger aus dem Schuldversprechen, obwohl er aus dem Grundgeschäft keinen Anspruch hat (etwa, weil dieses nichtig ist), dann kann der Verspre-

wird. Hier soll es nicht genügen, daß der Begünstigte unter Mitteilung der Nichtrücksendung die Bank zur Zahlung auffordert. Die Bank soll über erste Aufforderung nur dann bezahlen, wenn nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt der Verpflichtete des Hauptvertrages die Versendung des Verpackungsmaterials der Bank nachgewiesen hat. Hieraus können dem Begünstigten erhebliche Nachteile entstehen. Sobald der Bankkunde der Bank Dokumente darüber vorlegt, daß er eine Sendung an den Begünstigten abgeschickt habe, ist die Bank schon nicht mehr bereit, auf das Anfordern hin zu zahlen, selbst wenn der Kunde Verpackungsmaterial in nicht vertragsgerechtem Zustand oder sogar etwas anderes versandt hat. Der Begünstigte sieht sich dann genötigt, einen Prozeß zu führen, also die Schwierigkeiten auf sich zu nehmen, gegen die er sich durch die Bankgarantie gerade sichern wollte!

⁸³ Vgl. hierzu unten Kapitel 6, S. 63

⁸⁴ Zahn S. 62; vgl. auch Staudinger-Weber § 242 Anm. D 521

chende nach §§ 821, 812 Abs. 2 BGB einredeweise die Erfüllung verweigern mit der Begründung, der klagende Gläubiger sei mangels gültigen Grundgeschäftes um das Schuldversprechen rechtsgrundlos bereichert. Gerade diese Einrede ist der Bank abgeschnitten. Die obigen Untersuchungen haben gezeigt, daß die Forderungsgarantie der Bank nicht akzessorisch ist, daß die Bank den effektiven Schadens Eintritt nicht nachprüfen und keine Einreden und Einwendungen aus dem Grundgeschäft erheben darf. Würde man der Bank das Leistungsverweigerungsrecht aus § 821 BGB geben, dann wäre der Zweck der Garantie praktisch vereitelt.

Damit ist die Bankverpflichtung, auf erstes Anfordern zu zahlen, als ein abstraktes Schuldversprechen besonderer Art aufzufassen, bei dem die Bank die Erfüllungseinrede gemäß §§ 821, 812 Abs. 2 BGB nicht erheben darf und bei der das Anfordern des Begünstigten die materiell-rechtliche Zahlungsverpflichtung der Bank auslöst.

Diese Auffassung der Bankgarantie entspricht der Beurteilung des Bankakkreditivs durch die moderne Lehre⁸⁵. In der Tat sind zwischen den beiden Sicherungsmitteln Bankgarantie und Akkreditiv verblüffende Parallelen festzustellen⁸⁶; beim Akkreditiv verpflich-

85 So etwa RGZ 106, 304, 307; 107, 9; 144, 133, 137: Palandt-Gramm § 780 Anm. 2d; Kuhn in BGB-RGRK § 780 Anm. 4; v. Godin in RGRKomm. z. HGB § 365 Anhg. I, Anm. 49; von Caemmerer in JZ 1959, 362, 364, Anmerkung zu BGHZ 28, 129

86 Hierauf weist auch Schneider S. 68 hin: "Im Bankverkehr gibt es noch eine Reihe von Instrumenten, die wohl im ersten Augenblick mit dem Akkreditiv wenig gemeinsam zu haben scheinen, sich bei näherer Untersuchung jedoch unter Berücksichtigung ihrer - besonderen Eigenarten durchaus in die Akkreditivfamilie einreihen lassen. Diese Akkreditive im weiteren Sinne sind hauptsächlich in den verschiedenen Erscheinungsformen der Bankgarantie zu suchen."

tet sich die Bank dazu, Zahlung zu leisten, wenn ihr eine Anzahl im Akkreditiv genau bezeichneter Dokumente vorgelegt wird (etwa Konnossemente, Proforma-Rechnungen, Versicherungspolice, Ursprungszeugnisse, Tratten usw.). Hier ist für die Bank die Vorlage der Dokumente entscheidende Voraussetzung für die Auslösung ihrer Zahlungsverpflichtung dem Begünstigten gegenüber beziehungsweise ihrer Berechtigung zur Zahlungsleistung im Innenverhältnis zum Kunden. Die Prüfungspflicht des Bankiers erstreckt sich allein darauf, ob die ihm vorgelegten Dokumente akkreditivgerecht sind oder nicht, nicht aber, ob die in den Dokumenten erwähnte Ware tatsächlich verschifft und von einwandfreier Beschaffenheit ist⁸⁷. Bei der Bankgarantie tritt an die Stelle der im Akkreditiv vorgeschriebenen Dokumente das erste Anfordern des Begünstigten, das meist die alleinige Bedingung⁸⁸ für die Auslösung der Zahlungsverpflichtung der Bank ist.

87 Siehe hierzu jedoch unten, Kapitel 5, S. 61, wo die Bank in exceptionellen Fällen dem "offenbaren Wirtschaftsschädling" gegenüber die Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB geltend machen kann.

88 In manchen Fällen muß das Anfordern von bestimmten Dokumenten begleitet sein, zum Beispiel von Erklärungen, Bescheinigungen, Schiedssprüchen, Urteilen, Analysezertifikaten, Sachverständigengutachten etc. Die Bank überprüft auch hier lediglich, ob die in der Garantie bezeichneten Schriftstücke zusammen mit dem Anfordern vorgelegt worden sind, nicht aber, ob die Fakten oder Rechte, die durch die Dokumente bewiesen werden sollen, auch wirklich bestehen. - Hierzu meint Suda (S. 102), daß die Zahlung aus der Garantie de facto "bedingungslos" erfolge, denn die "Anforderung" könne schwerlich als Bedingung angesprochen werden wie etwa die Vorlage bestimmter Dokumente beim Akkreditiv. - Hiergegen ist einzuwenden, daß das Anfordern des Begünstigten unabdingbare Voraussetzung für die Auslösung der Zahlungsverpflichtung der Bank ist. Der Brief (oder das Fernschreiben) des Begünstigten, worin das Anfordern ausgesprochen wird, ist eben das entscheidende Dokument, ohne dessen Vorlage die

Wie die Bankgarantie, so ist auch das Akkreditiv - worauf insbesondere von Caemmerer⁸⁹ hinweist - ein nicht bloß vorläufig abstraktes Schuldversprechen nach den §§ 780, 821, 812 Abs. 2 BGB, sondern eine von dem Kaufvertrag zwischen Importeur und dem durch das Akkreditiv begünstigten Exporteur wie von dem Deckungsverhältnis zwischen der Bank und ihrem Auftraggeber unabhängige Verpflichtung. Nicht so weit geht Wiele⁹⁰. Er geht zwar davon aus, daß ein fehlerhaftes Valutaverhältnis (Kaufvertrag) für die Zahlungsverpflichtung der Bank infolge der Abstraktheit grundsätzlich ohne Bedeutung sei. Gleichwohl zieht er hieraus die Folgerung, daß der Begünstigte um seine Forderung gegen die Bank ungerechtfertigt bereichert sei und daß die Bank ihr abstraktes Schuldversprechen nach § 812 BGB kondizieren oder einen vom Verkäufer gegen sie geltend gemachten Anspruch nach § 821 BGB abwehren dürfe. - Diese Auffassung ist abzulehnen, weil sie der weitgehenden Abstraktheit des Bankakkreditivs nicht gerecht wird und insbesondere die Bank derart in eine Schiedsrichterrolle zwischen den Parteien

Bank nicht zahlt. Meines Erachtens wird man deshalb die Anforderung als Bedingung bezeichnen müssen. Dies möge folgendes Beispiel verdeutlichen: Der Begünstigte fordert schriftlich an; das Schreiben geht auf dem Postwege verloren. Er beschwert sich bei dem ausländischen Agenten des Bankkunden darüber, daß die Bank noch nicht gezahlt habe. Der Bankkunde erfährt davon und teilt es der Bank mit. Die Bank wird auch jetzt noch nicht zahlen; aus Sicherheitsgründen wartet sie das Anfordern des Begünstigten ab; wenn sie ohne Vorliegen des Schreibens gleichwohl zahlt, kann sie Schwierigkeiten mit ihrem Kunden bekommen, wenn sie ihn in Regreß nehmen will, weil der Tatbestand der Ziffer 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken nicht gegeben ist.

89 JZ 1959, 362, 364, Anmerkung zu BGHZ 28, 129

90 S. 58

des Grundgeschäfts hineindrängt, daß sie darüber zu befinden hat, ob das Valutaverhältnis fehlerhaft ist oder nicht. Dies scheint auch Viele zu erkennen; denn er macht folgende Einschränkung:

"Die Bank wird aber die Kondiktio nicht gegen den Willen des Käufers ausüben dürfen, da ihr eine objektive Wertung des Grundgeschäfts normalerweise nicht möglich sein wird."

Hiermit erwähnt Viele aber den wohl lebensfremden Fall, daß die Bank aus dem Akkreditiv nicht zahlt, obwohl ihr Kunden einverstanden ist!

Die Forderungsgarantie der Bank wird vom überwiegenden Teil der Literatur als abstraktes Schuldversprechen angesehen. So hält Fischer⁹¹ die Zusage der Bank im Regelfall für ein selbständiges Schuldversprechen. Kemmer⁹² bezeichnet die Bankgarantie als ein abstraktes Zahlungsversprechen für den Eventualfall, bei dessen Eintritt die Bank unverzüglich zahlen muß. Suda⁹³ sieht in der Bankgarantie eine einseitige, selbständige und selbstschuldnerische Verpflichtung besonderer Art, ein Abstraktum⁹⁴, das keine Einreden aus dem Grundgeschäft zuläßt. Auch die Rechtsprechung hat dem Anfordern des Begünstigten entscheidendes Gewicht beigemessen⁹⁵. Die Bankverpflichtung wird zwar als Garantie bezeichnet, die Urteilsgründe bringen jedoch zum Ausdruck, daß die Zahlungsverpflichtung der Bank primär durch das Anfordern selbst und nicht durch den Eintritt des Schadens fällig wird:

91 BGB-RGRK Anm. 6 zu § 768 BGB

92 S. 80

93 S. 76

94 S. 77

95 LG Frankfurt/Main, NJW 1963, 450, 451

"Die Zahlung war mit der ersten schriftlichen Nachricht, daß die Erwerberin die geschuldete Leistung nicht erbracht habe, fällig, denn die Garantie-Erklärung ist keine Bürgschaft, die es der Beklagten (der Bank) gestattet hätte, Einwendungen des Hauptschuldners aus der Hauptschuld vorzubringen."

Im Widerspruch mit der hier vertretenen Auffassung steht Zahn⁹⁶. Er ist der Ansicht, daß die Sofortzahlungsklausel nicht materiell in dem Sinne zu verstehen sei, daß die Garantiestellung wie die Akkreditivöffnung gemäß § 780 BGB eine nicht kausale, aus dem Versprechen selbst sich herleitende Verpflichtung begründe; diese Klausel habe nur formal-verfahrensrechtliche Bedeutung und löse nur die einstweilige Zahlungsverpflichtung der Bank aus. Die Bank, die "auf erstes Anfordern" gezahlt habe, habe einen Rückzahlungsanspruch, falls die Inanspruchnahme des "auf erstes Anfordern" zu leistenden Garantiebetrages sich hinterher als unbegründet erweise. Nur der effektive Schadenseintritt löse daher den materiellen Zahlungsanspruch gegen die garantiestellende Bank aus.

Dieser Auffassung muß das bereits Gesagte entgegengehalten werden: es scheint verfehlt, der Sofortzahlungsklausel nur eine formal-verfahrensrechtliche Bedeutung dergestalt beizumessen, daß sie lediglich eine einstweilige Zahlungsverpflichtung der Bank auslöst, weil diese Ansicht die Interessen der Beteiligten nicht in rechtem Maße gegeneinander abwägt. Der Begünstigte will ein Sicherungsmittel, das ihn genauso stellt wie bares Geld⁹⁷. Sein Anfordern muß deshalb den materiellen Rechtsgrund für die Zahlungsverpflichtung der Bank geben, genauso etwa wie akkreditivgerechte

96 S. 191

97 LG Frankfurt/Main, NJW 1963, 450; Kemmer S. 80

Dokumente der Akkreditivverpflichtung einer Bank. Die Betrachtungsweise Zahns wird dem Wesen der Bankgarantie auch insoweit nicht gerecht, als bei Annahme einer bloß einstweiligen Zahlungsverpflichtung der Bank der Eindruck erweckt wird, daß die Bank sich Einreden und Einwendungen aus dem Grundgeschäft noch vorbehalten; diese sind ihr jedoch - wie oben bereits ausgeführt - abgeschnitten. Außerdem hätte die Auffassung Zahns, daß das Anfordern ein formal-verfahrensrechtlicher Akt zur Auslösung einer nur einstweiligen Zahlungsverpflichtung der Bank sei, in der Praxis zur Folge, daß die aus der Garantie in Anspruch genommene Bank nur "unter Vorbehalt" zahlen würde, denn anders ist die "einstweilige" Auszahlung der Garantiesumme an den Begünstigten wohl nicht aufzufassen. Zahlungen "unter Vorbehalt" erfolgen durch Banken aber niemals stillschweigend, sondern werden dem Empfänger des Geldes gegenüber steht ausdrücklich mitgeteilt. Der Verfasser hat jedoch von einem solchen Vorbehalt in der Praxis nichts bemerkt. Er wäre auch mit der strikten Bindung einer angesehenen Bank an ihr Wort, auf erstes Anfordern zu zahlen, unvereinbar und ihrem Ansehen abträglich.

Auch von Godin vertritt offenbar einen anderen Standpunkt als den hier eingenommenen⁹⁸. In seinen Untersuchungen zur Bankgarantie auf erstes Anfordern zu zahlen, beruft er sich auf die Auffassungen Zahns⁹⁹ und Wieles¹⁰⁰. Von Godin behauptet, Viele sehe in der Garantie der Bank ein abstraktes Zahlungsversprechen, bei dem

98 in RGR-Komm. z. HGB § 365 Anhang I, Anm. 62

99 2. Auflage S. 172

100 angeblich S. 76; die Richtigkeit dieses Zitates hat der Verfasser jedoch nicht feststellen können.

keine Einwendungen oder Einreden gegen die Verpflichtung, dieses zu erfüllen, aus der causa, das heißt aus dem Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer hergeleitet werden sollen. Von Godin kommt zu dem Ergebnis, daß der praktische Unterschied zwischen den Auffassungen Zahns und Wieles nicht groß sein dürfte, da die Bank in beiden Fällen gegen den Begünstigten einen Rückzahlungsanspruch habe; denn auch bei Annahme eines abstrakten Zahlungsversprechens nach § 780 BGB sei dieses und daher auch das auf Grund seiner Gezahlte nach Bereicherungsgrundsätzen kondizierbar.

Die hier vertretene Auffassung kommt zu einem anderen Ergebnis: die mit der Sofortzahlungsklausel ausgestattete Bankgarantie ist als abstraktes Schuldversprechen besonderer Art anzusehen, das vom Valutaverhältnis unabhängig ist und bei dem kein auf Mängel des Valutaverhältnisses gestützter Kondiktionsanspruch im Sinne von §§ 821, 812 Abs. 2 BGB gegeben ist.

Auf dem Gebiete des englischen Rechts traf der Verfasser oben¹⁰¹ die Feststellung, daß eine "guarantee", bei der die Bank sich verpflichtet, "on first demand" zu zahlen, nicht als eine "accessory" und damit "secondary", sondern als eine "primary liability" angesehen werden muß und daß der Begriff "guarantee" nicht im engeren Sinne, also nicht synonym für "suretyship" (Bürgschaft) aufzufassen ist.

Fraglich erscheint, ob diese Bankverpflichtung als "indemnity" angesehen werden muß. Dow¹⁰² gibt folgende Definition:

101 2. Abschnitt, Kapitel 2, S. 33

102 Dow in Halsbury's Law of England, Third Edition, vol. 18, S. 528 - 973 -

"A contract of indemnity is a contract whereby one party agrees to save the other harmless from loss. In the widest sense of the term, therefore, it will include most contracts of insurance, and also a contract of guarantee. The term indemnity has, however, frequently been used to denote a contract by which the promisor undertakes an original and independent obligation to indemnify, as distinct from a collateral contract in the nature of a guarantee by which the promisor undertakes to answer for the default of another person who is to be primarily liable to the promisee. In the strictest sense an indemnity denotes a contract to save the promisee harmless against claims of third parties, whether the liability to meet those claims arises out of some contractual obligation of the party indemnified or otherwise."

Man wird das Versprechen der Bank zwar nicht als "indemnity in the strictest sense" ansehen dürfen, da sich der Begünstigte durch die Bankgarantie in der Regel nur allgemein gegen einen ihm drohenden Schaden sichern will, nicht aber speziell gegen die ihm von dritter Seite drohenden Klagen¹⁰³. Es erscheint jedoch sinnvoll, auf die Bankgarantie die Bezeichnung "indemnity" insoweit anzuwenden, als hiermit die Verpflichtung der Bank als eine "original and independent obligation" beziehungsweise "direct and primary liability" gekennzeichnet werden soll. Der Begriff "indemnity" verdeutlicht also, daß die Bank nicht akzessorisch ("accessory" oder "secondary") haftet. Wie bereits oben¹⁰⁴ betont, gibt es zur Bankgarantie "to pay on first demand" keine Judikatur. Dies dürfte sich daraus erklären, daß einerseits Bankgarantien nur sehr selten

103 Dieser Fall könnte allerdings eintreten, wenn der Begünstigte bei einer Lieferungsgarantie die vom Bankkunden gelieferte mangelhafte Ware weiterveräußert und nun seinerseits Regreßansprüchen ausgesetzt ist. Auch bei Konnossementsgarantien kann der Begünstigte in die Rolle des Beklagten gedrängt werden, falls gutgläubige Inhaber der Konnossemente von ihm Schadensersatz wegen der bereits ausgelieferten Ware verlangen.

104 2. Abschnitt, Kapitel 2, S. 33

n Anspruch genommen werden und daß andererseits die beteiligten Banken - sollte es einmal zu Schwierigkeiten kommen - alles daran setzen, um zu einer gütlichen Regelung ohne Inanspruchnahme der Gerichte zu gelangen. Die Rechtsprechung gibt also keinen Aufschluß über die Rechtsnatur der Bankgarantie. Hierfür sind die Rechtsvorstellungen maßgebend, die sich im Laufe der Jahre bei den Fachleuten des englischen Bankgeschäfts herausgebildet haben, das sich im wesentlichen in der Londoner City konzentriert. Der Verfasser hatte Gelegenheit, sich mit einer Anzahl von Bankfachleuten hierüber zu unterhalten. Er traf auf die einhellige Meinung, daß die Bank strikt zu dem von ihr gegebenen Wort stehen müsse und daß deshalb ihre Verpflichtung, "on first demand" zu zahlen, als vom Kontrakt zwischen Kunden und Begünstigten losgelöst angesehen werden müsse. Insbesondere habe die Bank kein Interesse daran, in die Kontraktbeziehungen Dritter verwickelt zu werden. Es erscheint mir deshalb richtig, der Bankgarantie die Bedeutung einer "indemnity" insoweit beizumessen, als hiermit zum Ausdruck gebracht wird, daß die Verpflichtung der Bank vom Grundgeschäft losgelöst, also "primary, direct, and independent" ist.

Kapitel 4

DIE ZUSATZKLAUSEL: "ZAHLUNG AUF ERSTES ANFORDERN, FALLS DER SCHADEN EINTRITT"

In der Praxis der Banken sind Garantien bisweilen zusätzlich mit der Klausel ausgestattet, daß die Bank Zahlung auf erstes Anfordern zu leisten hat, "falls der erwünschte Erfolg ausbleibt beziehungsweise das befürchtete Ereignis eintritt". Das Versprechen der Bank wird hier durch eine weitere Voraussetzung, nämlich den Schadens-eintritt, modifiziert¹⁰⁵. Eine solche Formulierung erscheint wenig glücklich und ist der garantiestellenden Bank nicht zu empfehlen, da dieser Wortlaut erhebliche Zweifel darüber aufkommen läßt, ob die Forderungsgarantie der Bank noch als ein Abstraktum angesehen werden kann oder ob die Bank in sich aus dem Grundgeschäft ergebende Streitfragen verwickelt zu werden droht.

Es entsteht also das Problem, ob die Bank nach wie vor allein auf das Anfordern hin dem Begünstigten gegenüber zur Zahlung verpflichtet ist und dem Kunden gegenüber die Berechtigung zur Zahlungsleistung hat, oder ob die Bank die Prüfung der materiellen Rechtslage vornehmen oder zumindest abwarten muß. Hierbei könnte man folgende Lösungsmöglichkeiten erwägen:

- (1) Die Bank wäre allein auf das Anfordern hin zur Zahlung verpflichtet. Die Zusatzklausel "...falls der Schaden eintritt" würde lediglich bedeuten, daß der Begünstigte hierdurch eine Richtschnur, einen Hinweis erhalten solle, wann und unter welchen Umständen er zum Anfordern berechtigt sei. Ob der Begünstigte sich hieran hielte oder nicht, wäre seine Sache. Die Bank würde jedenfalls dann zahlen, sobald das Anfordern vorläge. Es wäre ihr nicht zuzumuten, eine Prüfung der materiel-

105 Vgl. Anlage A 5

len Rechtslage in der Weise vorzunehmen, daß sie die Berechtigung des Anforderns nachprüfen würde.

- (2) Die die Zahlungsverpflichtung der Bank auslösenden Bedingungen wären sowohl das Anfordern des Begünstigten als auch der Schadenseintritt. Beide Bedingungen wären von gleichrangiger Bedeutung, wobei man den Schadenseintritt als eine dem Anfordern zeitlich vorausgehende und dieses modifizierende Bedingung ansehen könnte. Die Bank hätte den Eintritt beider Bedingungen zu prüfen. Sie müßte also, wenn sie sich dem Anfordern des Begünstigten gegenübersähe, zusätzlich untersuchen, ob der Schaden auch tatsächlich eingetreten sei.

Der erste Lösungsvorschlag krankt daran, daß er zu einseitig die Interessen des Begünstigten und der garantiestellenden Bank wahrnimmt, die Klausel "...falls der Schaden eintritt" als praktisch bedeutungslos hinstellt und ihr einen Wert nur insoweit beimißt, als der Begünstigte innerhalb seiner Sphäre zu entscheiden hat, wann er anfordern darf und wann nicht. Hierbei wird verkannt, daß die besagte Klausel auch für die Sphäre der Bank richtungsweisend sein soll dafür, wann sie dem Anfordern des Begünstigten stattzugeben hat.

Die zweite - den Interessen des Bankkunden günstige - Lösungsmöglichkeit schießt insoweit über das Ziel hinaus, als sie der Bank die volle Prüfungspflicht der materiellen Rechtslage, also des Eintritts oder des Ausbleibens des Schadens, überbürdet. Eine solche Prüfungspflicht liegt jenseits des "Bankhorizontes" und steht nicht im Einklang mit dem Zweck der Bankgarantie, die sich aus dem Bargeld-Depot entwickelt hat und - einem Kautionsbetrag vergleichbar - dem Begünstigten zur Erleichterung der Rechtsverfolgung dienen soll, ohne daß dieser ein gerichtliches Verfahren zur genauen Prüfung der materiellen Rechtslage anzustrengen braucht.

Da andererseits die Zusatzklausel "... falls der Schaden eintritt" nicht völlig bedeutungslos bleiben darf, erscheint es angebracht, einen dritten Weg einzuschlagen, um die Interessen der Beteiligten in zufriedenstellender Weise zu berücksichtigen:

- (3) Die Bank würde bei Vorliegen des Anfordererns erst dann zu zahlen brauchen, wenn sich für den Eintritt des Schadens gewisse, hinreichend sichere Anhaltspunkte ergäben. Der Begriff des "gewissen Anhaltspunktes" (englisch etwa "sufficient evidence") wäre einer klaren Definition nicht zugänglich; wann ein Anhaltspunkt als hinreichend sicher anzusehen wäre, würde nur unter Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles entschieden werden können.

Folgt man diesem vermittelnden Lösungsvorschlag, dann empfiehlt es sich für die Bank, bei Vorliegen des Anfordererns bei ihrem Kunden nachzufragen, ob dieser der Zahlung zustimme, falls nicht, ob er der Auffassung sei, daß der "Garantiefall" nicht eingetreten sei. Wenn der Kunde der Zahlungsleistung nicht zustimmt und den Eintritt des Schadens leugnet, sollte die Bank diese Bedenken dem Begünstigten unverzüglich mitteilen. Erfolgt daraufhin ein erneutes, von der eindeutigen Behauptung des effektiven Schadenseintritts begleitetes Anfordern, sollte die Bank Zahlung leisten. In diesem Falle kann sie - falls angebracht - ausdrücklich einen Vorbehalt machen oder sogar versuchen, vom Begünstigten die Gegengarantie einer Bank zu verlangen, worin diese die Rückzahlung der Garantiesumme (womöglich unter Übernahme des im Rücktransfer liegenden Kursrisikos) zusichert, falls sich in einer gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Auseinandersetzung zwischen Kunden und Begünstigten ergeben sollte, daß das Anfordern unberechtigt war. Weiter als geschildert in die Prüfung der materiellen Rechtslage verwickelt zu werden kann der Bank nicht zugemutet werden; andererseits kann sie auch nicht völlig von der Prüfungspflicht in dem geschilderten Umfang entlastet werden.

Kapitel 5

OFFENSICHTLICH UNBEGRÜNDETES ANFORDERN

Der Grundsatz von Treu und Glauben

Die Bank, die sich durch ihr Versprechen, "auf erstes Anfordern" zu zahlen, dem Begünstigten gegenüber bindet, muß sich über folgendes klarwerden: durch diese Garantie wird dem Begünstigten ein sehr weitgehendes Recht eingeräumt, weil er durch sein Anfordern gleichermaßen automatisch die Zahlungsverpflichtung der Bank auslösen und die Garantiesumme in Empfang nehmen kann, wann immer er sich dazu berechtigt glaubt. Der Bankkunde, in dessen Auftrag und für dessen Rechnung die Bank die Verpflichtung übernimmt, befindet sich in einer sehr ungünstigen Position, da die Bank ihm (dem Kunden) zustehende Einreden und Einwendungen dem anfordernden Begünstigten gegenüber nicht geltend machen kann. Das vom Kunden hierbei übernommene Risiko ist nicht unbedeutend¹⁰⁶. Sollte die Bank bei einem unbegründeten Anfordern Zahlung leisten, muß der Kunde seinen Rückforderungsanspruch gegen den Begünstigten einklagen und dabei Gefahr laufen, daß ein ausländisches Gericht seine Klage abweist, wobei entscheidend sein kann, daß die Prozeßchancen des Klägers dadurch gemindert werden, daß er mit dem fremden Recht nicht vertraut ist. Selbst wenn der Kunden ein obsie-

106 Suda (S. 102) weist mit Recht auf die Gefahr hin, daß der Auftraggeber einer widerrechtlichen Inanspruchnahme schutzlos ausgesetzt sei.

Auch Fischer (in BGB-RGRK § 768 Anm. 6) meint: "... Für den Hauptschuldner birgt eine derartige Vereinbarung eine große Gefahr in sich, sofern ihm eine rechtsvernichtende Einwendung gegen den Gläubiger zusteht."

Diese Gefahr sieht auch Schütz (S. 157).

gendes Urteil erhält, können Devisenbestimmungen den Rücktransfer der gezahlten Garantiesumme verzögern oder vereiteln; außerdem verdient das Kursrisiko und die Möglichkeit, daß der Begünstigte zur Rückzahlung nicht mehr in der Lage ist, Erwähnung.

Wenn der Bankkunde gleichwohl solche Risiken eingeht, dann vorwiegend, weil er der Loyalität des Begünstigten vertraut und unterstellt, daß dieser nur dann den Garantiebetrug anfordert, wenn der Schaden, für den die Bank einsteht, auch wirklich eingetreten ist¹⁰⁷. Hieraus ergibt sich, daß der im deutschen Recht geltende, aus § 242 BGB abgeleitete Grundsatz von Treu und Glauben in besonderem Maße auf das Vertragsverhältnis zwischen Bank und Begünstigten Anwendung finden muß. Bei Abwägung der Interessen der Beteiligten erscheint derjenige nicht mehr schutzwürdig, der sich über die Grundregeln von Treu und Glauben bewußt hinwegsetzt.

Obwohl die von der Bank eingegangene Forderungsgarantie eine vom Grundgeschäft losgelöste Zahlungsverpflichtung ist, muß die Bank dennoch das Recht haben, die Zahlung des Garantiebetrages zu verweigern, wenn das Anfordern des Begünstigten offensichtlich unbegründet ist. Die Bank hält dem Zahlungsbegehren des Begünstigten den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung mit der Begründung entgegen, sein Anfordern verstoße gegen die Grundsätze von Treu und Glauben. Dies ist eine unmittelbare Einwendung aus der Forderungsgarantie selbst und nicht aus dem Valutaverhältnis:

¹⁰⁷ Ein anderer Grund ist häufig, daß der Begünstigte eine monopolähnliche Stellung innehat (beispielsweise ein ausländisches Ministerium bei einer Ausschreibung) und deshalb den Bankkunden leichter dazu zwingen kann, unter ungünstigen Bedingungen zu kontrahieren.

sobald der Begünstigte offensichtlich unbegründet den Garantiebetrag anfordert, dann führt er gegen Treu und Glauben den Eintritt der die Zahlungsverpflichtung der Bank auslösenden Bedingung (des Anforderns) herbei, so daß diese Bedingung nach den §§ 242, 162 Abs. 2 BGB als nicht eingetreten angesehen werden muß.

Diese Einwendung ist der Bank jedoch nur in Ausnahmefällen gestattet, in denen es klar ist, daß das Anfordern offensichtlich unbegründet ist. Das Kriterium "offensichtlich unbegründet" ist einer Definition nur schwer zugänglich. Es muß betont werden, daß dieses Kriterium jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn zwischen Kunden und Begünstigten Streitigkeiten darüber bestehen, ob unter Berücksichtigung der Vertragsbestimmungen die vom Kunden erbrachte Leistung als vertragsgerechte Erfüllung anzusehen ist oder nicht. Die Bank darf keinesfalls in die Rolle des Schiedsrichters hineingedrängt werden und - wenn sie sich der Auffassung ihres Kunden anschließt - die Zahlung der Garantiesumme mit der Begründung verweigern, daß sie dem Begünstigten die Einwendung der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhält. Dies würde den Hauptzweck der Garantie, dem Begünstigten leichtere und schnellere Verfolgung seines Rechtes zu ermöglichen, vereiteln. Die Unbegründetheit des Anforderns muß klar und unmißverständlich auf der Hand liegen, so daß erkennbar ist, daß nicht eine abweichende Auslegung der Vertragsbestimmungen, sondern ein offensichtliches Versehen oder gar bewußt doloses Verhalten des Begünstigten sein Anfordern bestimmt hat¹⁰⁸.

108 Folgendes Beispiel mag einen Fall eines offensichtlich unbegründeten Anforderns, das auf einem Versehen beruht, verdeutlichen:

Ein Exporteur verpflichtet sich einem ausländischen Ministerium gegenüber zur Lieferung bestimmter Waren gegen Anzahlung

Gleicher Ansicht ist Fischer¹⁰⁹:

"Ob der 'Bürge' trotz seiner Verpflichtung, auf erstes Anfordern des Gläubigers Zahlung zu leisten, sich auf eine dem Hauptschuldner zustehende rechtsvernichtende Einwendung berufen kann, ist im Einzelfall Frage der Auslegung. Man wird ein solches Recht nach Treu und Glauben wohl bejahen müssen, wenn dem Hauptschuldner in einem solchen Falle ein Rückforderungsanspruch gegen den Gläubiger zustehen und die Durchsetzung dieses Anspruchs angesichts der persönlichen Verhältnisse des Gläubigers gefährdet sein würde."

Ebenso Schinnerer¹¹⁰; er vertritt die gleiche Auffassung auch für den Fall, daß die Bank keine Prüfungspflicht hinsichtlich des effektiven Schadenseintritts hat:

"Die Aufforderung zur Zahlung wäre, wenn die Bedingung der Inanspruchnahme nicht eingetreten ist, ein gegen Treu und Glauben verstößender Rechtsmißbrauch. Dem soll durch die Vereinbarung 'unter Verzicht auf alle Einwendungen' sicher nicht Vorschub geleistet werden."

von 20% des Vertragswertes; er stellt durch seine Bank eine Anzahlungsgarantie, in der die Rückzahlung des angezahlten Betrages "auf erstes Anfordern" zugesichert wird. Ein Sachbearbeiter des Ministeriums empfängt die Garantieurkunde, ein anderer Sachbearbeiter prüft die Ware, die fristgerecht und in einwandfreiem Zustand eintrifft. Er veranlaßt daraufhin Zahlung der restlichen 80%. Durch ein Versehen unterläßt er es, dem anderen Sachbearbeiter den ordnungsgemäßen Eingang der Güter zu melden. Dieser fordert nach Ablauf der Lieferfrist die Garantiesumme in der irr tümlichen Annahme an, die Lieferung sei nicht erfolgt. Hier ist es für die Bank klar erkennbar, daß ein Mißverständnis vorliegt: die Tatsache, daß der Begünstigte den Restkaufpreis voll entrichtet hat, steht in offensichtlichem Widerspruch dazu, daß er den angezahlten Betrag zurückfordert, und kann nur auf einem Irrtum beruhen. Klärt sich dieses Mißverständnis nach Rückfrage nicht auf, kann man das Anfordern als dolos ansehen.

109 in BGB-RGRK § 768 BGB Anm. 6

110 S. 143

Im Ergebnis äußert sich Schütz¹¹¹ wohl auch in ähnlichem Sinne, ohne allerdings eine scharfe Grenze zwischen den Einwendungen des Kunden aus dem Valutaverhältnis (die sich die Bank wohl nicht zu eigen machen darf) und dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aus der Garantie selbst zu ziehen:

"... es versteht sich von selbst, daß hiernach Einwendungen dem Hauptschuldner nicht endgültig abgeschnitten werden sollen; er soll nur verpflichtet sein, sie unmittelbar mit dem Gläubiger auszutragen. Andererseits ist nicht zu leugnen, daß, wenn der Gläubiger für den Bürgschaftsbetrag nicht unbedingt gut ist, für den Hauptschuldner die Gefahr besteht, daß er den vom Bürgen bezahlten Betrag nicht zurückerhält, wenn er begründete Einwendungen hat. Dem Schuldner bleibt alsdann nichts anderes übrig, als durch eine einstweilige Verfügung dem Bürgen die Zahlung untersagen zu lassen. Auch wird ein Bürge wohl in allen Fällen, wenn für den Hauptschuldner die erwähnte Gefahr besteht, vor Zahlung bei ihm rückfragen; der Bürge wird die Zahlung jedenfalls an einen Ausländer, bei dem die Rückforderung besonders schwierig sein würde, in der Regel nicht leisten, wenn ihm begündete Einwendungen des Hauptschuldners bekannt werden."

Hier erscheint es angebracht, auf folgende Parallele hinzuweisen: Rechtsprechung und Lehre sind auf dem Gebiete des mit der Forderungsgarantie der Bank eng verwandten unwiderruflichen Akkreditivs zum gleichen Ergebnis gelangt.

Bereits das Reichsgericht hat in einer Entscheidung¹¹² darauf hingewiesen, daß der Akkreditivbank zwar allgemein keinesfalls das Recht eingeräumt werden könne, die Auszahlung wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Ware zu unterlassen, daß es aber eine Ausnahme hiervon gebe:

111 S. 157

112 RGZ 106, 304, 308

"Die Zahlungspflicht findet vielmehr darin ihre Grenze, daß der Bank die Unterstützung eines arglistigen Verhaltens des Verkäufers nicht zuzumuten ist. Sowenig sie gefälschte Dokumente einzulösen hat, braucht sie dem Verkäufer behilflich zu sein, wenn er sonst mit unredlichen Mitteln, wie etwa durch Verladung eines falsch deklarierten Gutes oder einer offensichtlich zur Vertragserfüllung ganz ungeeigneten Ware, sich den Kaufpreis zu verschaffen sucht."

Auch der Bundesgerichtshof hatte Gelegenheit, in zwei Entscheidungen¹¹³ hierzu Stellung zu nehmen. In dem ersten der beiden Urteile hatte der Bundesgerichtshof folgenden Fall zu entscheiden: die Klägerin hatte an eine Firma in Deutschland Hühnereier in angeblich frischem Zustande gegen ein von der beklagten Bank gestelltes Akkreditiv verkauft. Die Eier trafen in verdorbenem Zustande ein, die beklagte Bank weigerte sich, die akkreditivgerechten Dokumente zu honorieren. Der Bundesgerichtshof¹¹⁴ führte aus:

"Der Auffassung, daß der aus einem bestätigten Akkreditiv Verpflichtete gegenüber dem Begünstigten vorbringen kann, die Geldendmachung der Rechte verstoße gegen Treu und Glauben und stelle sich als unzulässige Rechtsausübung dar (§ 242 BGB), ist beizupflichten. Es handelt sich hier um eine unmittelbare Einwendung gegenüber der Forderung aus dem Akkreditiv, und zwar auch dann, wenn sie darauf gegründet wird, der Verkäufer habe in grober Weise gegen seine Pflichten aus dem Kaufvertrag verstoßen, so daß sein Zahlungsverlangen arglistig erscheine. In solchem Falle könnten aber nur sehr erhebliche Vertragsverletzungen des Verkäufers die Weigerung der Zahlung rechtfertigen, etwa die Lieferung einer zur Vertragserfüllung offensichtlich ganz ungeeigneten Ware; dem 'offenbaren Wirtschaftsschädling' würde die aus dem Akkreditiv verpflichtete Bank nicht zu leisten brauchen..."

113 BGH, Urteil vom 23. März 1955 - IV ZR 236/54 - = BGHZ WM 55, 765 ff. = BGHZ BB 55, 462 f.; BGH, Urteil vom 24. April 1958 - II ZR 38/57 - = BGHZ BB 1958, 541

114 BGHZ WM 55, 768

Im gleichen Sinne entschied der Bundesgerichtshof in seinem späteren Urteil¹¹⁵. Hier hatte ein Käufer der Klägerin durch die beklagte Bank ein Akkreditiv für eine Restkaufpreisforderung eröffnen lassen. Der Anspruch des Verkäufers auf die Restforderung wurde abgewiesen. Der Bundesgerichtshof entschied, die beklagte Bank brauche den Akkreditivbetrag nicht auszusahlen: die Beklagte könne der Klägerin den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten,

"... obwohl das eröffnete oder bestätigte Akkreditiv eine vom Schuldgrund losgelöste Verpflichtung begründet. Es handelt sich bei dem Vorbringen, die Geltendmachung verstoße gegen Treu und Glauben und sei deshalb unzulässig (§ 242 BGB), um eine unmittelbare Einwendung aus dem Akkreditiv (BGH, BB 1955, 462). Die Klägerin würde arglistig handeln, wenn sie trotz rechtskräftiger Abweisung der Kaufpreisforderung von der Beklagten ... noch den Restbetrag von ... verlangen wollte, den sie dem Käufer, für dessen Rechnung die Beklagte zahlen würde, alsbald wieder erstatten müßte..."

Die Entscheidung des Reichsgerichts¹¹⁶ hat in der Literatur Zustimmung gefunden. Bereits Ulmer¹¹⁷ weist in seiner grundlegenden Abhandlung über Akkreditiv und Anweisung daraufhin, daß es der Bank nicht zugemutet werden kann, einem volkswirtschaftlichen Schädling begünstigend die Hand zu reichen. Auch Schlegelberger-Hefermehl¹¹⁸ sind dieser Meinung:

"Der Einwand unzulässiger Rechtsausübung kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Verkäufer in außerordentlich grober

115 BGHZ, BB 1958, 541

116 RGZ 106, 304, 308

117 S. 257, 294, 303 ff.

118 Anhang zu § 365, Anm. 79

Weise gegen seine Pflichten aus dem Kaufvertrag verstoßen hat, so daß sein Zahlungsverlangen als arglistig erscheint, so zum Beispiel, weil er eine zur Vertragserfüllung offensichtlich völlig ungeeignete Ware geliefert hat."

Baumbach-Duden¹¹⁹ beziehen sich auf die zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs¹²⁰ und bejahen, daß die Bank die Einwendung unzulässiger Rechtsausübung habe, zum Beispiel weil der Verkäufer die Pflichten aus dem Kaufvertrag so grob verletzte, daß sein Zahlungsverlangen arglistig erschien, oder weil des Verkäufers Forderung gegen den Käufer rechtskräftig abgewiesen worden war. Zahn¹²¹ ist der gleichen Meinung:

"... Nur in Ausnahmefällen kann ein sittenwidriges Verhalten des Verkäufers bei der Abwicklung des Grundgeschäfts auch sein Zahlungsbegehren im Rahmen des Akkreditivs arglistig erscheinen lassen."

Zustimmend zu den Urteilen RGZ 106, 304 ff. und BGHZ BB 1955, 463 äußert sich auch von Caemmerer¹²².

Die oben dargestellte herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre zum Problem der dolosen Ausnutzung des unwiderruflichen Akkreditivs läßt erkennen, daß man bei abstrakten, vom Valutaverhältnis losgelösten Schuldversprechen dem Begünstigten nur so lange ein Recht auf die Leistung einräumt, als er schutzwürdig erscheint, daß man aber dem aus dem Versprechen Verpflichteten, den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gibt, sobald der Be-

119 Anhang I zu § 406, Anm. 8 D

120 Vgl. oben Anm. 113

121 S. 61

122 JZ 59, 364

günstigte durch doloses Verhalten sein Recht auf Schutz verwirkt hat. Das gleiche gilt für die Bankgarantie, auf erstes Anfordern zu zahlen.

In diesem Zusammenhang erscheint es fraglich, ob der Kunde seiner Bank im Wege einer einstweiligen Verfügung untersagen lassen kann, an den nach seiner Ansicht unberechtigt anfordernden Begünstigten Zahlung zu leisten. Schütz¹²³ bejaht diese Frage. Zahn¹²⁴ bezieht für das Akkreditiv den Standpunkt, daß der Importeur das Recht haben soll, bei Fortfall des Grundgeschäfts das gestellte Akkreditiv nach § 812 BGB zu kondizieren¹²⁵, oder aber den Exporteur im Wege einer einstweiligen Verfügung an der Geltendmachung des Akkreditivs zu hindern. Zahn merkt jedoch an¹²⁶:

"Eine einstweilige Verfügung gegen die Bank mit dem Inhalt, die Zahlung an den Begünstigten zu unterlassen, dürfte juristisch nicht haltbar sein, obwohl sie in der Praxis manchmal vorkommt. Die Bank ist im Rechtsstreit des Käufers mit dem Begünstigten 'Dritte' und darf als solche nicht von einer einstweiligen Verfügung betroffen werden."

Auch im Garantie-Geschäft ist bei einer einstweiligen Verfügung zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 940 ZPO die Bank "Dritte": das streitige Rechtsverhältnis besteht zwischen Kunden und Begün-

123 S. 157

124 S. 62 f.

125 "S. 63 "... vielmehr kann lediglich der den Dritten (sc. Akkreditivbank) beauftragende Partner (Käufer) dem anderen (Verkäufer) die Inanspruchnahme des Zahlungsversprechens unter Berufung auf die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung untersagen."

126 S. 63 Anm. 84

stigten darüber, ob der abzusichernde Schaden effektiv eingetreten ist oder nicht. Hiervon ist das Rechtsverhältnis Kunde - Bank (Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB) sowie Bank - Begünstigter (abstraktes Schuldversprechen besonderer Art) völlig losgelöst, so daß die Bank am streitigen Rechtsverhältnis nicht beteiligt ist. Eine Verfügung gegen die Bank mit dem Verbot, an den Begünstigten zu zahlen, ist deshalb nicht möglich, weil eine Verfügung gegen Dritte nach § 940 ZPO unzulässig ist¹²⁷. Der Kunde kann deshalb nur dem Begünstigten durch eine einstweilige Verfügung untersagen lassen, durch sein Anfordern den Garantiebetrug in Anspruch zu nehmen¹²⁸. Hierzu reicht es allerdings nicht aus, daß zwischen Kunden und Begünstigten bloße Meinungsverschiedenheiten über den

127 RGZ 120, 119; 121, 188. In der Entscheidung RGZ 120, 119 verneinte das Reichsgericht die Frage, ob das Grundbuchamt durch eine einstweilige Verfügung zur Unterlassung einer Amtshandlung (Eintragung einer der beiden Parteien als Eigentümer) angehalten werden kann, und sah die unbeteiligte Behörde hier als "Dritte" an. - Das Reichsgericht erklärte in RGZ 121, 188 eine einstweilige Verfügung für unzulässig, durch die die Herausgabe einer unter den Parteien streitigen Sache einem Dritten untersagt worden war, dem sie durch eine der beiden Parteien zur Aufbewahrung übergeben worden war.

Vgl. auch Baumbach-Lauterbach § 940 Anm. 2 B; Stein-Jonas § 940 Anm. II 2; Rosenberg § 215 II, S. 1108; Schönke-Baur § 46 V 3, S. 203 f. Gleicher Ansicht ist auch Scheuermann, aaO S. 196: "... zwischen der Bank und dem Kunden ein Streitiges Rechtsverhältnis zu sehen, das den Erlaß einer einstweiligen Verfügung rechtfertigen könnte (§ 940 ZPO), wäre jedoch unrichtig."

128 So auch Scheuermann, aaO S. 196 Anm. 14: "Dagegen kann der Bankkunde gegen seinen ausländischen Geschäftspartner unter Umständen mit einer einstweiligen Verfügung vorgehen."

Vgl. auch Trost-Schütz, Ziff. 13 AGB, Anm. 2, S. 19: "In manchen Fällen wird es dem Kunden auch möglich sein, eine gerichtliche Anordnung gegen den Gläubiger zu erwirken, die eine Zahlung der Bank ausschließt."

effektiven Schadenseintritt bestehen, die etwa auf unterschiedlicher Auslegung der Vertragsbestimmungen oder auf einem noch nicht genügend geklärten Sachverhalt beruhen; denn der Bankkunde könnte so durch die einstweilige Verfügung den Zweck der Garantie, dem Begünstigten schnellere Durchsetzung seines Anspruchs ohne Anstrengung von zeitraubenden Prozessen zu ermöglichen, vereiteln. Der Antragsteller muß darum glaubhaft machen, daß der Begünstigte "offensichtlich unbegründet" in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise anzufordern droht.

Auch im englischen Recht wird man der Bank das Recht einräumen müssen, die Zahlung aus der "guarantee" trotz Vorliegens des Anforderns zu verweigern, wenn das Anfordern offensichtlich unbegründet und in betrügerischer Absicht erfolgt ist.

Die bei einer "guarantee to pay on demand" bestehende Interessenslage zwischen Begünstigten, Bank und Bankkunden ist mit der zwischen Verkäufer, Bank und Käufer bei einem irrevocable (letter of) credit zu vergleichen. In beiden Fällen geht die Bank dem Begünstigten gegenüber eine "direct and independent responsibility" ein und wünscht nicht, in Auseinandersetzungen zwischen Kunden beziehungsweise Käufer und Begünstigten hineingezogen zu werden und die Rolle eines Schiedsrichters übernehmen zu müssen. Die Bank verzichtet im Garantiegeschäft darauf, Nachforschungen ("inquiries") über den Eintritt des effektiven Schadens anzustellen und sieht das Anfordern des Begünstigten als ausreichenden Beweis für den Schadenseintritt an; im Akkreditivgeschäft sind ihr in gleicher Weise alle Einwendungen aus dem zugrundeliegenden Warengeschäft abgeschnitten¹²⁹. Dennoch gibt ein betrügerisches Verhalten des Begünstigten, ein Anfordern mit der bewußt wahrheitswidrig aufge-

stellten Behauptung des Schadenseintritts ("fraudulent misrepresentation"), der Bank ein Zahlungsverweigerungsrecht; in gleicher Weise betonen Gutteridge-Megrah¹³⁰, daß die aus dem Akkreditiv in Anspruch genommene Bank im Falle eines Betruges des Verkäufers das Recht hat, die Honorierung der Dokumente abzulehnen:

"Although the banker cannot, in the case of an irrevocable credit, rely on any defence which may be open to the buyer under the contract of sale, he may be entitled to refuse payment under other grounds, which may summarised as follows:

- (a) ...
- (b) fraud on the part of the seller;
- (c) ..."

Auch Davis¹³¹ äußert sich im gleichen Sinne:

129 Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank Ltd. (1922) 1 K.B. 318. Hierzu Gutteridge-Megrah (aaO S. 39): "In his judgment in Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank Ltd., Rowlatt J., ruled that where a banker's irrevocable letter of credit has been issued the position of the banker in law is the same as that of a person who has contracted to buy all the shipping documents representing goods shipped, or to be shipped, under the contract between the beneficiary and the person at whose instance the credit has been opened. He held that in such case the banker must accept and pay for the documents irrespective of any defence which there may be to a claim under the contract of sale, and that such defence is solely a matter to be fought out between the buyer and the seller."

Ebenso eine nur kurz zurückliegende Entscheidung, Malas v. British Imex Industries Ltd. (1958) 1 All E.R. 262, L.J. Jenkins: "... it seems to be plain that the opening of a confirmed letter of credit constitutes a bargain between the banker and the vendor of the goods, which imposes upon the banker an absolute obligation to pay, irrespective of any dispute which there may be between the parties on the question whether the goods are up to the contract or not."

130 S. 43 f.

131 S. 159

"When the banker knows of the falsity of the documents accompanying the seller's drafts he could appear to be not only entitled, but also bound, to refuse to accept the documents. And this is so, it is submitted, whether the documents are either forged, or for some other reason false..."

Davis räumt allerdings ein, daß im englischen Recht zu dieser Frage noch keine Entscheidung ergangen ist. Er zitiert deshalb ein amerikanisches Urteil¹³²: Hier hatte der Verkäufer statt der vertragsgerechten Ware wertloses Material versandt. Dies erfuhr die Akkreditivbank vor Präsentation der Dokumente. Der Käufer der Ware klagte erfolgreich gegen die Akkreditivbank mit dem Ziel, diese davon abzuhalten, die Dokumente zu honorieren. Das Gericht führte aus¹³³.

"It must be assumed that the seller has intentionally failed to ship any goods ordered by the buyer. In such a situation, where the seller's fraud has been called to the bank's attention before the drafts and documents have been presented for payment, the principle of the independence of credit should not be extended to protect the unscrupulous seller."

Die gleichen Grundsätze, die in der Literatur zur dolosen Ausnützung eines Akkreditivs vertreten werden, erscheinen mir angesichts der im wesentlichen gleichen Interessenlage auch auf das Garantie-Geschäft anwendbar. Zur speziellen Frage des unrechtmäßigen Anforderns aus der Garantie hat der Verfasser zwar weder in Lehre noch Rechtsprechung Hinweise gefunden, man wird jedoch sagen müssen, daß bei einem Fall von Betrug der Grundsatz der Unabhängigkeit der Bankverpflichtung, "to pay on demand", nicht dem dolos anfordernden Begünstigten zugutekommen darf.

132 Szejn v. J. Henry Schroder Banking Corp. (1941), 31 N. Y. Supp. (2 d.) 631

133 aaO S. 634

Wenn dem Kunden die Gefahr droht, daß der Begünstigte die Bank unberechtigtweise in Anspruch nimmt, kann er versuchen, im Wege einer einstweiligen Verfügung ("interlocutory injunction"¹³⁴) zu erreichen, daß das Gericht dem Begünstigten untersagt, die Garantiesumme anzufordern, oder daß das Gericht der Bank verbietet, auf Anfordern hin an den Begünstigten zu zahlen. Der Kunde hat die Fakten, die seinen Antrag stützen, zu beweisen¹³⁵ und in der Regel eine Sicherheit zu leisten¹³⁶. Das Gericht wird den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung ablehnen, falls lediglich zwischen Kunden und Begünstigten Streit darüber besteht, ob der Schaden effektiv eingetreten und ob das Anfordern berechtigt ist oder nicht. Ein Parallellfall aus dem englischen Akkreditiv-Geschäft

134 James in Halsbury's Law of England, Third Edition, vol. 21, S. 343 -713- definiert die injunction: "An injunction is a judicial process whereby a party is ordered to refrain from doing or to do a particular act or thing. In the former case it is called a restrictive injunction, and in the latter, a mandatory injunction. It is a remedy of an equitable nature..." sodann aaO -716- "Interlocutory injunction. The object of an interlocutory or interim injunction is to preserve matters in statu quo until the case can be tried, and the party applying for an interlocutory injunction must always give an undertaking in damages, in case it should turn out at the hearing that he is in the wrong. Such an injunction is therefore usually so framed as continue in force only until the hearing of the cause, or until further order."

135 James aaO vol. 21, S. 416 -872- "Upon a motion or summons for an injunction evidence must be given by affidavit..." aaO S. 417 -874- "The affidavit may be made by any person having sufficient knowledge of the facts. It is usually made by the plaintiff, and, if no sufficient reason is assigned for its not being so made, the order may be refused."

136 James aaO vol. 21, S. 422 -887- "Undertaking as to damages. An undertaking as to damages is the price, which the person asking for an interlocutory injunction has to pay for it, and it ought to be required on every interlocutory order, except, possibly, in a clear case of fraud."

mag dies verdeutlichen¹³⁷. Hier stellte der Käufer den Antrag, dem aus dem Akkreditiv begünstigten Verkäufer die Ausnutzung des von einer englischen Bank bestätigten Akkreditivs verbieten zu lassen mit der Begründung, die Beschaffenheit der bereits verschifften Ware entspreche nicht den Bestimmungen des Vertrages. Das Gericht wies den Antrag ab und begründete seine Entscheidung damit, daß die Bank eine absolute und von jeglichen Streitigkeiten der Parteien über die Beschaffenheit der Ware unabhängige Zahlungsverpflichtung abgegeben habe und daß deshalb nach dem Ermessen des Gerichts kein Fall vorliege, in dem es eine einstweilige Verfügung erlassen müsse¹³⁸. Das Gericht wies jedoch darauf hin, daß es grundsätzlich die Macht ("jurisdiction") habe, bei einem Akkreditiv-Geschäft auf Antrag des Käufers eine einstweilige Verfügung zu erlassen, beispielsweise bei einer betrügerischen Transaktion¹³⁹.

137 *Malas v. British Imex Industries Ltd.*, (1958) 1 All E.R. 262

138 aaO S. 263 E/F L.J.Jenkins: "...it seems to be plain that the opening of a confirmed letter of credit constitutes a bargain between the banker and the vendor of the goods, which imposes upon the banker an absolute obligation to pay, irrespective of any dispute which there may be between the parties on the question whether the goods are up to the contract or not."

Weiter unten, aaO S. 263 H/I "...this is not a case where it can be said that the court has no jurisdiction to interfere. The court's jurisdiction to grant injunctions is wide, but in my judgment, this is not a case in which, in the exercise of the court's discretion, it ought to grant an injunction. Accordingly, I think that this application should be refused."

139 aaO S. 263 I L.J.Sellers: "...I would not like it to be taken, that I accept, or that the court accepts, the submission if it was made as I think it was, that the court has no jurisdiction. There may well be cases where the court would exercise jurisdiction, as, for example, where there is a fraudulent transaction."

Hierzu Gutteridge-Megrah (aaO S. 34): "It is submitted that in no case except fraud could a bank be restrained from paying."

Hieraus läßt sich für das Garantie-Geschäft ableiten, daß an den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Antrag des Bankkunden strenge Anforderungen gestellt werden müssen: bloße Meinungsverschiedenheiten zwischen Kunden und Begünstigten reichen nicht aus; es muß vielmehr ein so erheblicher Verstoß gegen die zwischen den Parteien bestehende Treuepflicht vorliegen wie ein "case of fraud".

Kapitel 6

DER REGRESSANSPRUCH DER BANK GEGEN DEN KUNDEN AUS DEM DECKUNGSVERHÄLTNIS

Der Auftrag des Kunden an seine Bank, dem Begünstigten gegenüber Zahlung "auf erstes Anfordern" zu garantieren, ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne von § 675 BGB¹⁴⁰. Die in der Stellung der Garantie bestehende Geschäftsbesorgung ist entgeltlich, weil die Bank hierfür eine Provision¹⁴¹ verlangt, und als Werkausführung anzusehen, da die Bank die Sicherstellung des Begünstigten als einen "durch Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg" im Sinne von § 631 Abs. 2 zweiter Halbsatz BGB anstrebt. Der zwischen Bank und Kunden zustandegekommene Werkvertrag ist Teil des Gesamtgeschäftsbesorgungsverhältnisses, das selbst Dienstvertrag ist.

Die Bank sichert für den Fall der Inanspruchnahme aus der Garantie ihren Regreßanspruch durch Ziffer 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, wonach sie im Innenverhältnis zum

140 Vgl. Unger S. 60; Zahn S. 191

141 Vgl. zur Höhe der Provision das von Suda (S. 104) zusammengestellte Zahlenmaterial.

Kunden auf erstes Anfordern zu zahlen berechtigt ist¹⁴². Die Bank läßt sich dieses Recht vom Kunden bei Erteilung des Auftrages in der Regel durch Unterzeichnung eines Reverses ausdrücklich bestätigen¹⁴³, um spätere Streitigkeiten zu vermeiden und den Kunden auf diesem Wege noch einmal nachdrücklich auf die Bedeutung der Ziffer 13 AGB aufmerksam zu machen. Notwendig ist diese Gepflogenheit jedoch nicht, da die in den Geschäftsbedingungen vorgesehene Regelung ausreichen würde.

Im englischen Garantie-Geschäft läßt sich die Bank, die auftrags und für Rechnung ihres Kunden die Verpflichtung eingeht, "on first demand" zu zahlen, jedesmal eine "counter-indemnity" geben, in der der Text der Garantie zitiert ist, um spätere Mißverständnisse auszuschließen¹⁴⁴. Hierin verpflichtet sich der Kunde, die Bank für alle Zahlungen schadlos zu halten, die diese aus der Garantie zu leisten hat. Bisweilen hebt der Text der "counter-indemnity" ausdrücklich hervor, daß die Bank berechtigt ist, "on first demand" zu zahlen und das Konto des Kunden hierfür zu belasten, unabhängig davon, ob der Bankkunde den auf das Anfordern hin gezahlten Betrag dem Begünstigten schuldet oder nicht. Diese "counter-indemnity" hat den Zweck, die Rechtsbeziehungen zwischen Kunden und Bank völlig klarzustellen, wobei mit entscheidend sein dürfte, daß die

142 Ziffer 13 AGB spricht zwar nur von Bürgschaften, gilt aber auch für Garantien (Troost-Schütz Anm. 2 zu Ziff. 13 AGB, S. 19; Scheuermann S. 195)

143 Auch Scheuermann (S. 195) hält diesen Revers für überflüssig. Er weist darauf hin, daß der ausländische Geschäftspartner dem Bankkunden den Wortlaut der Auslandsbürgschaft vorschreibe und daß die Bank sich üblicherweise in jedem Fall mit ihrem Kunden abstimme, bevor sie sich der Urkunde entäußere.

144 Vgl. Anlage A 14

englischen Banken ihren Kunden gegenüber keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. Die Bank soll außerdem für einen eventuellen Rechtsstreit gegen ihren Kunden hinsichtlich des Regreßanspruchs ein eindeutiges Beweismittel in der Hand haben.

Der Rückzahlungsanspruch der aus ihrer Garantieverpflichtung in Anspruch genommenen Bank bestimmt sich in erster Linie nach den §§ 675, 670 BGB. Als Beauftragte kann sie von ihrem Kunden, dem Auftraggeber, Ersatz der zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemachten Aufwendungen verlangen.

Fraglich erscheint jedoch, ob die Bank gegen ihren Kunden auch aus der Anspruchsgrundlage des § 774 BGB ein Rückgriffsrecht hat. In der Regel dürfte es keine praktische Bedeutung haben, ob die Bank gegen ihren Kunden nach den §§ 675, 670 BGB oder nach § 774 BGB vorgeht. Der Fall der §§ 774, 412, 401 BGB tritt selten ein: meist stehen dem Begünstigten gegen den Bankkunden weder Sicherungs- noch Vorzugsrechte zu, an deren Übergang auf sich selbst die Bank interessiert sein könnte¹⁴⁵. Wichtiger sind jedoch die Fallgestaltungen, bei denen der Auftraggeber und der Schuldner nicht identisch sind. Beispielsweise könnte das Tochterunternehmen einer großen Gesellschaft ihrer Hausbank am gleichen Ort den Auftrag erteilen, dem Begünstigten für Rechnung der Muttergesellschaft eine Garantie zu stellen. Wenn in diesem Falle die Bank aus der Garantie in Anspruch genommen wird, hat sie ein Interesse daran, gegen

145 Als Ausnahme käme der Fall einer Zollbürgschaft in Betracht, bei der im Konkurs des Bankkunden das Vorzugsrecht der Zollbehörde nach § 61 Nr. 2 KO, §§ 774, 412, 401 Abs. 2 BGB auf die Bank übergehen könnte. Hierauf weisen Herold (S. 184) und Trost-Schütz (S. 325 Ziff. 4a) hin.

die Muttergesellschaft vorzugehen, falls sie von dem inzwischen in Vermögensverfall geratenen Tochterunternehmen nicht mehr ausreichende Befriedigung erlangen kann. Trost-Schütz¹⁴⁶ weisen mit Recht darauf hin, daß die Bank aus einer "auftrags oder für Rechnung" übernommenen Verpflichtung nach dem Wortlaut der Ziffer 13 AGB ein Rückgriffsrecht nicht nur gegen den Auftraggeber, sondern auch gegen den Hauptschuldner habe, für dessen Rechnung sie gezahlt habe. Voraussetzung hierbei sei jedoch, daß beide Kunden der Bank wären oder die Geschäftsbedingungen sonstwie anerkannt hätten. Hieraus folgt, daß die Bank gegen den Hauptschuldner dann nicht aus den §§ 675, 670 BGB vorgehen kann, wenn dieser nicht ihr Kunde ist und auch nicht die Geschäftsbedingungen unterzeichnet hat. Hier wäre es für die zahlende Bank von großem Vorteil, wenn sie gegen den Hauptschuldner ein Rückgriffsrecht nach § 774 BGB hätte.

Das bürgerliche Recht hat diesen Fall des gesetzlichen Forderungsüberganges nur bei einer akzessorischen Haftungsverpflichtung, der Bürgschaft, geregelt. Die Forderungsgarantie der Bank ist indes nicht akzessorisch, sondern ein abstraktes Schuldversprechen besonderer Art¹⁴⁷. Es erscheint zweifelhaft, ob diese für das Bürgschaftsrecht getroffene Regelung auch auf nicht-akzessorische Garantien anwendbar ist. Man könnte der Ansicht sein, daß § 774 BGB als *lex specialis* nur auf den Bereich des Bürgschaftsrechts beschränkt bleiben dürfe. Diese Ansicht vertritt Schinnerer¹⁴⁸ für das österreichische Recht. Das nach § 1358 ABGB geregelte Rück-

146 S. 19 (Anm. 1 zu Ziff. 13 AGB)

147 Vgl. oben S. 38 f.

148 S. 124

griffsrecht des Bürgen lasse sich auf die Garantie im allgemeinen mangels einer Verbindung zwischen der Verpflichtung des Garanten und der des Hauptschuldners auch nicht analog anwenden. § 1358 A BGB beziehe sich nach österreichischer Rechtsprechung nicht auf dritte Personen, die aus freien Stücken die Schuld bezahlt hätten. Dies schließe auch eine Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen auf die Bankgarantie insbesondere deshalb aus, weil es Fälle gebe, in denen die Erstellung einer Bankgarantie von dritter Seite und nicht vom Hauptverpflichteten veranlaßt werde, so daß keine Rechtsgrundlage dafür bestehe, dem zahlenden Garanten Förderungsrechte gegenüber dem Verpflichteten des Grundgeschäfts einzuräumen.

Meines Erachtens muß man auf dem Gebiete des deutschen Rechtes von dem weitgefaßten Oberbegriff der "Forderungsgarantie" ausgehen und die Interessenlage der Beteiligten prüfen. Wenn eine Bank sich auftrags ihres Kunden und für Rechnung eines Dritten verpflichtet, "auf erstes Anfordern" an den Begünstigten zu zahlen, dann tut sie das in der Regel nicht aus freien Stücken. Außerdem wird regelmäßig der Hauptverpflichtete ein eigenes Interesse daran haben, daß der Bankkunde der Bank den Auftrag zur Garantiestellung erteilt. Wenn in diesen Fällen die Bank zahlt, erscheint es unbillig, ihr den Rückgriff gegen den Hauptverpflichteten nur deshalb zu versagen, weil ihre Verpflichtung nicht akzessorischer Natur ist. Der Grund für die fehlende Akzessorietät ist jedoch nicht in dem Rechtsverhältnis Hauptschuldner - Bank zu suchen, sondern in den schutzwürdigen Interessen des Begünstigten: diesem ist daran gelegen, als Sicherheit eine abstrakte Bankverpflichtung zu erhalten. Es geht nicht an, eine zumindest analoge Anwendung des § 774 BGB nur deswegen abzulehnen, weil die Bank dem Begünstigten im Interesse des Hauptverpflichteten mit der abstrakten Garantie ein besseres Siche-

rungsmittel zur Verfügung stellt als eine nur das Insolvenzrisiko deckende Bürgschaft. Deswegen wird man einen gesetzlichen Förderungsübergang zu Gunsten der zahlenden Bank bejahen müssen.

Kapitel 7

DER REGRESSANSPRUCH GEGEN DEN BEGÜNSTIGTEN

Wenn die Bank aus ihrer Garantie in Anspruch genommen wird¹⁴⁹, fordert der Begünstigte im Regelfall die Garantiesumme zu Recht an. Die Bank zahlt und erhält von ihrem Kunden ihre Aufwendungen erstattet.

Fraglich erscheint, welche Rechte der Bank beziehungsweise ihrem Kunden zustehen, falls der Begünstigte den Garantiebetrug anfordert, obwohl der durch die Bank gedeckte Schaden gar nicht eingetreten ist.

Der Fall des "offensichtlich unbegründeten Anforderns" wurde bereits oben¹⁵⁰ erörtert. Die Bank hat hier die Möglichkeit, dem anfordernden Begünstigten den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenzuhalten und die Zahlung zu verweigern. Mit gleicher Begründung kann sie auch einen bereits gezahlten Betrag wieder zurückverlangen: der Begünstigte hat durch sein offensichtlich unbegründetes Anfordern den Eintritt der die Zahlungsverpflichtung der Bank auslösenden Bedingung (das Anfordern) wider Treu und Glauben herbeigeführt. Nach den §§ 242, 162 Abs. 2 BGB gilt die Be-

149 Dieser Fall tritt nach Beobachtungen des Verfassers nur in einer verschwindend geringen Anzahl ein.

150 2. Abschnitt, Kapitel 5, S. 57 ff.

dingung als nicht eingetreten, so daß er den Garantiebetrug auf Grund des bedingten Schuldversprechens der Bank erhalten hat, obwohl es am Eintritt der Bedingung fehlte. Damit hat er die Garantiesumme ohne Rechtsgrund von der Bank erlangt und muß sie nach § 812 BGB an die Bank herausgeben. Der Begünstigte haftet hierbei verschärft nach den §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB, da er bei Empfang des Geldes den Mangel des rechtlichen Grundes bereits kannte.

Folgende Fallgruppe wurde bisher noch nicht erörtert: Zwischen den Beteiligten des Grundgeschäfts besteht Streit darüber, ob der durch die Garantie gedeckte Schaden wirklich eingetreten ist. Nach Zahlung der Garantiesumme durch die Bank führen Bankkunde und Begünstigter schließlich die für beide Teile verbindliche Feststellung herbei, daß der Garantiefall effektiv gar nicht eingetreten ist (etwa durch ein rechtskräftiges Urteil, einen nicht mehr angreifbaren Schiedsspruch oder ein verbindliches Sachverständigengutachten). Hierbei sei betont, daß der Begünstigte nicht dolos, sondern im guten Glauben anforderte, ihm sei tatsächlich ein Schaden entstanden¹⁵¹.

151 Folgendes Beispiel mag dies verdeutlichen: Bei einer Lieferungs-garantie läßt der Begünstigte eine ihm durch den Bankkunden gelieferte Spezialmaschine durch seine eigenen Arbeiter auf Grund einer vom Bankkunden gegebenen genauen schriftlichen Anleitung aufstellen. Die Maschine funktioniert nicht, der Begünstigte fordert die Garantiesumme an, die Bank zahlt. Zwischen den Parteien des Grundgeschäfts ist streitig, ob das Versagen der Maschine auf Verschulden der Arbeiter des Begünstigten oder auf einer unrichtigen Montageanleitung des Bankkunden oder sogar auf Mängeln der Maschine beruhte. Durch rechtskräftiges Urteil wird festgestellt, daß allein ein Verschulden der Arbeiter des Begünstigten für das Versagen der Maschine ursächlich war, während sich der Kunde vertragsgerecht verhalten hat.

Zunächst soll klargestellt werden, daß die Bank vor endgültiger Klärung des effektiven Schadenseintritts zwischen den Parteien des Grundgeschäfts keinen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Garantiesumme gegen den Begünstigten hat. Andernfalls würde sie sich die Stellung eines Schiedsrichters zwischen den Parteien anmaßen und - möglicherweise noch nicht einmal begründete - Einwendungen aus dem Grundgeschäft geltend machen. Ihr Rückforderungsanspruch würde mit dem Hauptzweck der Garantie, dem Begünstigten eine schnellere und leichtere Rechtsverfolgung zu ermöglichen, nicht in Einklang stehen; denn der Begünstigte will durch das Sicherungsmittel der "auf erstes Anfordern" fälligen Bankgarantie nicht nur vermeiden, daß Meinungsverschiedenheiten zwischen ihm und dem Bankkunden die Zahlung des Betrages verzögern, auf den er einen Anspruch zu haben glaubt, er wünscht darüber hinaus auch nicht, daß ein Rückzahlungsbegehren der Bank alsbald nach Zahlungsleistung dieses Sicherungsmittel entwertet.

Wenn jedoch endgültig zwischen den Parteien des Grundgeschäfts geklärt ist, daß der Garantiefall gar nicht eingetreten ist, erscheint es fraglich, ob die Bank einen Rückforderungsanspruch gegen den Begünstigten aus eigenem Recht hat.

Die Beantwortung dieser Frage ist für die Bank von großer Wichtigkeit, falls sie von ihrem Kunden keinen oder nicht den vollen Ersatz ihrer Aufwendungen erlangen kann.

Folgt man der oben¹⁵² entwickelten Auffassung, daß die Bank aus einem selbständigen Schuldversprechen besonderer Art - ausgelöst durch das mit materiell-rechtlicher Wirkung ausgestattete Anfor-

dern des Begünstigten - hafte, so müßte man folgerichtig zu dem Ergebnis gelangen, daß die Bank gegen den Begünstigten keinen Rückforderungsanspruch habe: Das zwischen dem Begünstigten und der Bank bestehende Rechtsverhältnis wäre maßgebend und würde für die Zahlung der Garantiesumme durch die Bank den Rechtsgrund bilden, sobald die Bedingung, das Anfordern des Begünstigten, vorläge. Wenn der Begünstigte im guten Glauben daran anfordern würde, der Schaden sei effektiv eingetreten, dann habe die Bank keine Möglichkeit mehr, das mit Rechtsgrund an den Begünstigten Geleistete zu kondizieren.

Dieses Ergebnis erscheint unbillig. Die obige Begründung ist zu formalistisch und verkennt, daß Ausgangspunkt der Untersuchungen der Oberbegriff "Forderungsgarantie" war¹⁵³ und nicht der speziellere Rechtsbegriff des selbständigen, durch das Anfordern bedingten Schuldversprechens. Letzterer wurde nur entwickelt, um dem Begünstigten bei gerechter Abwägung der Interessen aller Beteiligten ein möglichst hohes Maß von Sicherheit zu gewährleisten. Das Sicherheitsbedürfnis des Begünstigten erhält vor allem deswegen den Vorzug vor den Interessen des Bankkunden, weil der Begünstigte die Forderungsgarantie der Bank als Ersatz für ein Bargeld-Depot ansieht. Dem Streben des Begünstigten nach Sicherheit mußte dadurch Rechnung getragen werden, daß die Forderungsgarantie der Bank als eine nichtakzessorische Haftungszusage, als ein bedingtes, selbständiges Schuldversprechen besonderer Art ausgestaltet wird. Sobald aber für den Begünstigten einwandfrei feststeht, daß er gegen den Bankkunden keinen Schadensersatzanspruch geltend machen kann und der durch die Garantie gedeckte Schaden gar nicht eingetreten

153 Vgl. oben S. 23

ist, dann braucht bei der zwischen den Beteiligten vorgenommenen Interessenabwägung das Sicherungsbedürfnis des Begünstigten nicht mehr berücksichtigt zu werden.

Ob der in Anspruch genommenen Bank ein Rückforderungsrecht gegen den Begünstigten zusteht, ist deshalb aus dem Oberbegriff der Forderungsgarantie abzuleiten. Die Bank haftet hieraus nur für eine fremde Schuld und muß deshalb gegen den Empfänger des Geleisteten dann einen Rückforderungsanspruch haben, falls endgültig und zweifelsfrei feststeht, daß sie eine Nichtschuld bezahlt hat, und falls sie von ihrem Kunden noch keinen Aufwendungsersatz hat erlangen können. Die Interessen der Beteiligten würden nicht in gerechter Weise gegeneinander abgewogen, wollte man auch jetzt noch daran festhalten, daß die Forderungsgarantie der Bank ein nicht-akzessorisches, selbständiges und bedingtes Schuldversprechen besonderer Art sei, und die zu weit gehende Konsequenz daraus ziehen, daß der Begünstigte das Geleistete im Verhältnis zur Bank cum causa im Sinne von § 812 BGB empfangen habe und deshalb nicht zurückzuerstatten brauche. Ein solches Ergebnis wäre - wie bereits oben betont - besonders dann grob unbillig, wenn die Bank von ihrem inzwischen in Vermögensverfall geratenen Kunden keinen Aufwendungsersatz mehr erhalten könnte.

Der Bank muß deshalb die Möglichkeit eingeräumt werden, unmittelbar aus eigenem Recht gegen den Begünstigten ihr Rückforderungsbegehren geltend zu machen. Das nicht mehr bestehende Sicherungsbedürfnis des Begünstigten läßt es unnötig erscheinen, die Haftungszusage der Bank so streng aufzufassen, wie oben¹⁵⁴ näher dar-

gelegt. Der Begünstigte hat zudem in der Regel auch kein besonderes Interesse daran, ob er die Garantiesumme schließlich an die Bank oder den Bankkunden zurückzahlt.

Zum gleichen Ergebnis kommt auch Zahn¹⁵⁵. Er ist der Auffassung, daß die Garantiestellung nicht eine unabhängige, aus dem Versprechen selbst begründete Verpflichtung auslöst, sondern daß das Anfordern des Begünstigten lediglich formal-verfahrensrechtliche Bedeutung habe¹⁵⁶. Hieraus folgert Zahn, daß die Bank, die "auf erstes Anfordern" gezahlt habe, einen Rückforderungsanspruch habe, falls sich die Inanspruchnahme des auf Anfordern zu leistenden Garantiebetrages hinterher als unbegründet erweise.

Zahn vertritt weiter die Meinung¹⁵⁷, daß die Bank - in aller Regel bereits zum Zeitpunkt der Garantiestellung - alle ihr etwa wegen der Zahlung aus der Garantie erwachsenden Ansprüche an den Auftraggeber abtrete.

Diese Auffassung erscheint bedenklich. Es wäre von der Bank ungeschickt, sich freiwillig ihres möglichen Rückforderungsrechtes zu begeben, obwohl sie noch nicht übersehen kann, ob sie im Zeitpunkt der Inanspruchnahme aus der Garantie vom Auftraggeber Ersatz ihrer Aufwendungen wird verlangen können. Von der Abtretung ihrer potentiellen Ansprüche an ihren Kunden hat der Verfasser in der Praxis nichts bemerkt. Eine Abtretung im von Zahn gemeinten Sinne dürfte in den meisten Fällen vor allem deswegen auf Schwie-

155 S. 191

156 Zu diesem Ausgangspunkt hat der Verfasser bereits ablehnend Stellung genommen (vgl. oben S. 49 f.).

157 S. 191

rigkeiten stoßen, weil in der Regel der Begünstigte im Ausland von der Abtretung benachrichtigt werden muß. Die ausländischen Rechtsordnungen sehen häufig die Benachrichtigung des Schuldners als Wirksamkeitsvoraussetzung der Abtretung an¹⁵⁸.

Der Bankkunde hat vielmehr ein Rückforderungsrecht aus eigenem Recht, wenn die Bank für ihn geleistet hat, der versicherte Schaden jedoch effektiv nicht eingetreten ist. Die Bank zahlt aus der von ihr abgegebenen Forderungsgarantie, um neben ihrer eigenen Verpflichtung auch die (angebliche) Schuld ihres Kunden zu erfüllen. Tut sie das und erhält sie Ersatz ihrer Aufwendungen durch ihren Kunden, so hat dieser einen Rückforderungsanspruch gegen den Begünstigten. Dieses Recht hat seine Grundlage in dem mit dem Begünstigten geschlossenen Vertrag. Aus dem Grundgeschäft kann der Bankkunde deshalb die Rückzahlung der von ihm nicht geschuldeten Beträge verlangen. Zustimmend hierzu Schütz¹⁵⁹, der es mit Recht als selbstverständlich ansieht, daß dem Hauptschuldner Ein-

158 So ist nach französischem Recht eine "signification" erforderlich, um Dritten gegenüber die Abtretung wirksam werden zu lassen (Art. 1690 c. c.). Man versteht unter "Dritten" nur die "tiers intéressés", zu denen vor allem der Schuldner gehört (vgl. hierzu Schumann im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch, S. 37). Die "signification" ist eine formelle, unter Mitwirkung des Gerichtsvollziehers (huissier) vorgenommene Zustellung (Schumann aaO S. 38). Im englischen Recht ist für eine Abtretung nach der The Law of Property Act von 1925 (15 & 16 Geo., 5 c. 20, S. 136) eine schriftliche Benachrichtigung des Zessionars erforderlich. Ohne diese Nachricht ist die Abtretung nur nach dem Equity Law wirksam (vgl. hierzu Chorley S. 249; R. P. & D. Croom-Johnson in Halsbury's Law of England, Third Edition, vol. 4, S. 488 - 1010-, S. 498 - 1026-, S. 501 - 1032-; Schumann S. 38 aaO allerdings unter Hinweis auf die überholte Judicature Act von 1873).

159 S. 157

wendungen aus dem Grundgeschäft nicht endgültig abgeschnitten sein sollen; er sei nur verpflichtet, sie unmittelbar mit dem Gläubiger auszutragen.

Auch im englischen Recht stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die aus der Garantie in Anspruch genommene Bank ein Rückforderungsrecht gegen den Begünstigten hat, wenn der Schaden effektiv gar nicht eingetreten ist. Hierzu sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden:

- (1) Der Begünstigte ist der Ansicht, der Schaden sei effektiv eingetreten; später wird durch eine für die Beteiligten verbindliche Entscheidung das Gegenteil festgestellt.
- (2) Der Begünstigte fordert die Garantiesumme in betrügerischer Absicht an, obwohl ihm gar kein Schaden entstanden ist.

Praktisch bedeutsam wird die Frage nach dem Rückforderungsrecht der Bank nur dann, wenn sie auf Grund ihrer "counter-indemnity" von ihrem inzwischen zahlungsunfähig gewordenen Kunden keinen Ersatz hat erlangen können.

Zur Frage der Rückforderung bei Akkreditiv- und Garantiezahlungen im englischen Recht liegen nach den Feststellungen des Verfassers keinerlei gerichtliche Entscheidungen vor. Auch im Schrifttum ist das Problem - soweit ersichtlich - noch nicht behandelt worden. Die folgenden rechtlichen Erörterungen können deshalb nur gewisse Vermutungen über die Richtung aufstellen, in der englische Gerichte möglicherweise entscheiden würden.

Die Frage nach einem möglichen Rückforderungsanspruch der Bank gegen den Begünstigten könnte in die Fallgruppen der Bereicherungshaftung einzuordnen sein.

Im englischen Recht hat die Bereicherungshaftung als Anspruch aus einem "quasi contract" (action for money had and received¹⁶⁰) Eingang in das System des Common Law gefunden¹⁶¹. Bahnbrechend hierfür war die Entscheidung *Moses v. Macferlan*¹⁶². Hier hatte der Kläger an den Beklagten einen Wechsel mit der Abrede indossiert, daß dieser ihn aus der Urkunde nicht in Anspruch nehmen dürfe. Der Beklagte verlangte vom Kläger gleichwohl Zahlung aus dem Wechsel und erreichte vor dem Court of Conscience die Verurteilung des Klägers. Darauf klagte der Kläger vor der Kings Bench auf Rückzahlung des Geldes. Das Gericht bestätigte zwar die Verurteilung des Klägers aus dem Wechsel, bejahte aber die Frage, ob aus anderen Rechtsgründen das Geleistete zurückzuerstatten sei. Lord Mansfield sagte:

"If one recovers money mala fide by suit in an inferior court, indebitatus assumpsit will lie in Kings Bench to make him refund it.

This kind of equitable action, to recover back money, which ought not in justice to be kept, is very beneficial, and therefore much encouraged. It lies only for money which, ex aequo et bono, the defendant ought to refund; it does not lie for money

160 "The precise nature of the action of money had and received has long been a matter of discussion. One approach is to regard the defendant as liable because he has been unjustly benefited. Another is to regard him as liable on an implied promise to pay. A third school of thought considers that the matter is still open and that the true nature of the action has yet to be established. Finally, it has been suggested that also the basis of the action is an implied promise to repay, such a promise will be implied only where an element of unjust enrichment exists." Collingwood-Comyn in Halsbury's Law of England, Third Edition, vol. 8, S. 235 f. -409- mit einer Fülle von Rechtsprechungshinweisen.

161 Friedmann S. 22

162 (1760) 2 Burrow, 1005

paid by the plaintiff, which is claimed of him as payable in point of honour and honesty, although it could not have been recovered from him by any course of law; as in payment of a debt barred by Statute's Limitations, or contracted during his infancy, or to the extent of principal and legal interest upon an unserious contract, or, for money fairly lost at play; because in all these cases, the defendant may retain it with a safe conscience, though by positive law he was barred from recovering. But it lies for money paid by mistake; or upon a consideration which happens to fail; or for money got through imposition, express or implied; or extortion; or oppression; or an undue advantage taken of the plaintiff's situation, contrary to laws made for the protection of persons under those circumstances. In one word, the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money."

Schwierigkeiten bereitet die Lösung des oben erwähnten ersten Falles¹⁶³, weil zunächst untersucht werden muß, ob hier überhaupt ein bereicherungsrechtliches Problem vorliegt. Es wäre die Auffassung denkbar, daß das Vertragsverhältnis zwischen dem Begünstigten und der Bank mit der Zahlung der Garantiesumme endgültig seinen Abschluß findet. Sobald die Bank sich dem in der Garantieurkunde vorgeschriebenen Anfordern des Begünstigten gegenüberieht (der in gutem Glauben den effektiven Schadenseintritt annimmt und behauptet), erfüllt sie ihre Verpflichtung, und der Begünstigte erhält die ihm vertraglich geschuldete Leistung. Hiernach wäre kein Raum mehr für einen Bereicherungsanspruch der Bank. Für diese Ansicht scheint ein Vergleich mit dem Akkreditivgeschäft der Banken zu sprechen. Die englische Rechtsprechung faßt die Stellung der Bank als die eines Käufers von (akkreditivgerechten) Dokumenten auf¹⁶⁴.

163 Vgl. oben S. 84

164 Rowlatt, J., in *Urquhart Lindsay & Co. v. Eastern Bank Ltd.* (1922) 1 K.B. 318 "... the position of the banker in law is the same as that of a person who has contracted to buy all the

Wenn also die Bank die Dokumente aufgenommen und bezahlt hat, hat sie die geschuldete Leistung erbracht. Daraus ergibt sich, daß bei Mangelhaftigkeit der Ware nur der Bankkunde Ansprüche aus dem Kaufvertrag hat, nicht aber die Bank aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung; denn sie hat für ihr Geld den "Kaufgegenstand" bekommen; die akkreditivgerechten Dokumente¹⁶⁵

Diese Fallgestaltung läßt sich jedoch nicht auf das Garantiegeschäft der Banken übertragen. Die Bank "kauft" nicht das Schreiben des Begünstigten, in dem er die Garantiesumme anfordert, sondern sie muß das Anfordern als ausreichenden Beweis des effektiven Schadenseintritts gegen sich gelten lassen. Wenn die Bank also zahlt, dann vertraut sie dem Anfordern des Begünstigten und erfüllt ihre Verpflichtung unter dem Eindruck, daß der Schaden effektiv eingetreten sei.

Damit zahlt sie auf Grund eines Tatsachenirrtums, sie leistet "payment of money under mistake of fact". In solchen Fällen hat der auf Grund eines Tatsachenirrtums Zahlende grundsätzlich ein Rückforderungsrecht¹⁶⁶. Die Tatsache der ungerechtfertigten Bereicherung schafft einen Billigkeitstitel für die Bank¹⁶⁷. Fraglich ist, ob der Anspruch der Bank dadurch berührt wird, daß sie keine Nachforschungen hinsichtlich des effektiven Schadenseintritts an-

shipping documents representing goods shipped, or to be shipped, under the contract between the beneficiary and the person at whose instance the credit has been opened..."

165 Ob zu dieser speziellen Frage eine englische Entscheidung vorliegt, hat der Verfasser nicht ermitteln können.

166 Friedmann S. 32 ff.; Fox in Halsbury's Law of England, Third Edition, vol. 26, S. 922 -1713-

167 Friedmann S. 93 b)

stellt. Eine überholte Entscheidung¹⁶⁸ hatte ausgesprochen, daß der Bereicherungskläger nur dann einen Anspruch habe, wenn ihn kein Vorwurf treffe, sich über die fraglichen Tatsachen innerhalb seiner Möglichkeiten keine Kenntnis verschafft zu haben¹⁶⁹. Diese Ansicht ist jedoch "overruled" durch die Entscheidung Kelly v. Solari¹⁷⁰. Hier hatte die Klägerin, eine Versicherungsgesellschaft, eine Versicherung ausgezahlt, ohne die ihr früher mitgeteilte Tatsache zu beachten, daß der Anspruch des Versicherten wegen Nichtzahlung einer Prämie erloschen war. Der Rückforderungsklage wurde stattgegeben. Das Gericht war der Ansicht¹⁷¹, daß im allgemeinen eine irrtümlich geleistete Zahlung zurückverlangt werden könne, wie sorglos der Rückfordernde auch gewesen sei. Das Gericht betonte jedoch, der Zahlende könne den geleisteten Betrag dann nicht zurückverlangen, wenn er seine Zahlung unter Verzicht auf Nachforschungen ("waiver of inquiries") über die Tatsachen, hinsichtlich derer er irrte, geleistet habe¹⁷². Gleicher Ansicht ist auch Williams,

168 Milnes v. Duncan 6 B. & C. 671

169 Bayley, J., aaO S. 677: "... But if he pay money under a mistake of the real facts, and no laches are imputable to him (in respect of his omitting to avail himself of the means of knowledge within his power), he may recover back such money."

170 9 M. & W. 54 (approved in Imperial Bank of Canada v. Bank of Hamilton, 1903 A.C. 49, at p.56)

171 Parke, B., aaO S. 58/59: "The position that a person so paying is precluded from recovering by laches, in not availing himself of the means of knowledge in his power, seems, from the cases cited, to have been founded on the dictum of Mr. Justice Bayley, in the case of Milnes v. Duncan; and with all respect to that authority, I do not think it can be sustained in point of law."

172 Parke, B., fährt fort: "If, indeed, the money is intentionally paid, without reference to the truth or falsehood of the fact, the plaintiff meaning to waive all inquiry into it, and that the per-

J., in der späteren Entscheidung *Townsend v. Crowdy*¹⁷³. Zustimmung auch *Fox*¹⁷⁴. Hiernach hätte die Bank bei einem "waiver of inquiries" kein Rückforderungsrecht. Die Klausel "payment on first demand" dürfte aber nicht in der Weise auszulegen sein, daß die Bank damit auf alle Nachforschungen verzichten würde. Die Sofortzahlungsklausel ist so zu verstehen, daß die Bank im Augenblick der Zahlung keine Nachforschungen anstellen darf. Keinesfalls geht der Verpflichtungswille der Bank so weit, daß der Begünstigte das Geld unter allen Umständen bekommen soll ("... that the person receiving shall have the money at all events, whether the fact be true or false..."); damit würde die Bank darin einwilligen, daß der Begünstigte die Garantiesumme behalten dürfe, selbst wenn ihm aus

son receiving shall have the money at all events, whether the fact be true or false, the latter is certainly entitled to retain it; but if it is paid under the impression of the truth of fact which is untrue, it may, generally speaking, be recovered back, however careless the party paying may have been, in omitting to use due diligence to inquire into the fact. In such a case the receiver was not entitled to it, nor intended to have it."

173 8 C.B. (N.S.) 477 (494 aaO) "No doubt, at one time the rule that money paid under a mistake of fact might be recovered back, was subject to the limitation that it must be shewn that the party seeking to recover it back had been guilty of no laches. But, since the case of *Kelly v. Solari* 9 M. & W. 54, it has been established that it is not enough that the party had the means of learning the truth if he had chosen to make inquiry. The only limitation now is that he must not waive all inquiry."

174 *Fox* in *Halsbury's Law of England*, Third Edition, vol. 26, S. 922 -1713- "...If, however, the money is intentionally paid without reference to the truth or falsehood of the matters, the payer meaning to waive all inquiries into them, and intending that the person receiving the money shall have it at all events, it cannot subsequently be recovered. It is not, however, enough that the means of acquiring accurate knowledge existed; the party must practically have waived all inquiry."

dem zwischen ihm und dem Bankkunden geschlossenen Grundgeschäft kein Anspruch auf das Geld zustünde. Durch die Sofortzahlungsklausel räumt die Bank dem Begünstigten eine ungewöhnlich vorteilhafte Beweisposition ein, gibt ihm aber keinen Freibrief, die Zahlung im Verhältnis zur Bank auch dann endgültig behalten zu dürfen, wenn der effektive Schadenseintritt ausbleibt. Es fehlt somit an einem endgültigen "waiver of inquiries", so daß der Bank ein Bereicherungsanspruch gegen den Begünstigten zusteht.

In diesem Zusammenhang taucht noch das Problem auf, ob die Bank auch dann einen Rückforderungsanspruch hat, wenn sie von ihrem Kunden gebeten worden ist, auf das Anfordern nicht zu zahlen. Hier erscheint fraglich, ob die Bank noch "under mistake of fact" gezahlt hat, oder ob ein "voluntary payment" vorliegt, das nicht kondizierbar ist¹⁷⁵. Es entspricht meines Erachtens der Billigkeit, auch in diesem Falle der Bank ein Rückforderungsrecht zu geben. Die Zahlung durch die Bank ist keine "freiwillige Zahlung einer Nichtschuld". Die Bank handelt vielmehr auf Grund ihrer eigenen Verpflichtung, wenn sie "on demand" Zahlung leistet. Da sie bei Streitigkeiten zwischen ihrem Kunden und dem Begünstigten nicht eine Schiedsrichterrolle zwischen den Parteien einnehmen darf und will, vertraut sie auf das Anfordern des Begünstigten und zahlt, nicht "voluntary", also trotz bestehender Zweifel an der Schuld ihres Kunden aus dem Grundgeschäft, sondern in Erfüllung ihrer eigenen Verpflichtung aus der Garantie, die durch das Anfordern ausgelöst worden ist.

175 Friedman S. 33

Der oben¹⁷⁶ erwähnte zweite Fall (Anfordern der Garantiesumme in betrügerischer Absicht) ist in gleicher Weise zu lösen. Der auf die Tatsache der ungerechtfertigten Bereicherung gestützte Billigkeitstitel der Bank wird noch dadurch verstärkt, daß der Begünstigte arglistig gegen die Bank gehandelt hat¹⁷⁷. Falls die Bank von der "fraudulent transaction" des Begünstigten Kenntnis erlangt, wird sie in der Regel gar nicht erst Zahlung leisten, da die Bankgarantie nicht dazu dienen darf, betrügerische Machenschaften zu erleichtern¹⁷⁸.

Soweit der Bankkunde die zahlende Bank aus der counter-indemnity befriedigt hat, hat er gegen den Begünstigten ein Rückforderungsrecht. Die Bank hat für ihn ("on his behalf") Zahlung geleistet, um - neben ihrer eigenen Verpflichtung aus der guarantee - eine (angebliche) Schuld ihres Kunden zu erfüllen. Dieses Vertragsverhältnis hat mit der Zahlung der Bank verständlicherweise nicht seinen Abschluß gefunden, so daß der Kunde die Rückzahlung aller von ihm nicht geschuldeten Beträge verlangen kann¹⁷⁹.

176 Vgl. oben S. 84

177 Friedmann S. 93 c)

178 Vgl. oben S. 67 ff.

179 Mit dieser Frage hat sich - soweit es der Verfasser feststellen konnte - in England weder Rechtsprechung noch Schrifttum auseinandergesetzt.

A N H A N G

Anlagen

Auf den nächsten Seiten sind einige Bankgarantien aus der Praxis zusammengestellt, um einen besseren Überblick über das Garantiegeschäft zu gewähren und die im ersten Abschnitt gemachten Ausführungen zu veranschaulichen.

Die einzelnen Muster wurden mir liebenswürdigerweise von Banken in London und Düsseldorf zur Verfügung gestellt.

Bietungsgarantie, zahlbar auf erstes Anfordern (A 1)

X-Bank Ltd.

London E. C. 2

To: The Director of Purchases and Stores

Cairo, Egypt (U. A. R.)

With reference to the tender of Messrs. (Bankkunde) dated the ...
to the Authority of the Egyptian Railways for the supply of ...
(Warenbezeichnung) we hereby undertake to hold at the disposal of
the said Authority, as Provisional Deposit, free of interest and
payable in Cash on the Authority's first demand, and notwithstanding
any contestation by the tenderer, the sum of ...

This undertaking remains in force until a decision is taken on the
tender and (in the event of the whole or any part of the tender being
accepted) until such time as Messrs. ... (Bankkunde) have provided
such Final Guarantee Deposit as may be required by the said Authority.

London, ...

X-Bank Ltd.

.....

(Unterschriften)

Anzahlungsgarantie mit Sofortzahlungsklausel (A 2)

Y-Bank AG, Düsseldorf

To:(Begünstigter)

Advance Payment Guarantee No.

Subject: Contract Nr. of

In consideration of your having contracted on ... under No. ... with Messrs. ... (Bankkunde), hereinafter called "the sellers", for the supply of (Warenbezeichnung) at the total price of and your having agreed to advance to the sellers an amount of being% of the total price, we, Y-Bank AG, Düsseldorf, hereby irrevocably guarantee to repay to you without delay on your first written demand the amount advanced to the sellers to the extent of against restitution of the original of this letter of guarantee accompanied by your written declaration that the sellers have refused or failed to perform the aforesaid contract.

This guarantee shall become effective simultaneously with the receipt of the advance payment by the sellers on their account with our bank and shall

- (1) expire on
- (2) be reduced by% of the value of each partshipment under the said contract on presentation of the shipping documents to us, but shall expire in any case not later than ...
- (3) expire on presentation of the shipping documents to us, however in any case not later than ...

(die Klauseln 1, 2 und 3 sind alternativ zu verwenden) by which date any claims must be announced by registered letter or by cable.

Should no claims have been received by us by (Befristung unter Beachtung der Postlaufzeit), this guarantee shall automatically become null and void and no claims whatsoever can be accepted hereunder, irrespective whether this document has been returned to us or not.

.....

Düsseldorf,

Y-Bank AG

.....

(Unterschriften)

Bietungsgarantie als Ersatz für "Earnest Money" (A 3)

X-Bank Ltd.
London E. C. 2

To: Hindustan Steel Ltd.
Durgapur, West Bengal
India

Our Reference

Your Invitation to Tender: Tender No.

For: Supply and Errection of Plant

In consideration of Messrs. ... (Bankkunde) submitting their tender for the above and in accordance with the provisions of Article 16 - "EARNEST MONEY" - of your invitation to tender, we hereby undertake to pay you, on demand, the sum of Rs.

The X-Bank's liability under this guarantee is limited to Rs. and will expire on, unless suitably extended, if necessary, in accordance with clause (d) of Article 16 of your invitation to the tender.

Any claim under this guarantee must be made to (genaue Adresse der X-Bank Ltd.)

Londen, the

X-Bank Ltd.

.....

(Unterschriften)

Ausschnitt aus einer Lieferungsgarantie (A 4)

X-Bank Ltd.
London

To: (Begünstigter)

.....

We hereby agree to make an unconditional payment of Lstg.
to you on demand without any further question or reference to the
contractor's failure to perform the contract of which you (Begün-
stigter) will be the sole judge.

.....

London,

X-Bank Ltd.
.....
(Unterschriften)

Lieferungsgarantie, zahlbar auf erstes Anfordern; effektiver Schadensseintritt als Zusatzklausel; Begünstigter muß schriftlich erklären, der Schaden sei eingetreten. (A 5)

X-Bank Ltd.

London E.C.2

To: The State Procurements Service

Athens, Greece

WHEREAS we are informed that Bankkunde = "the sellers") have entered into Contract No. with you to supply (zu liefernde Ware = "the merchandise") NOW IN CONSIDERATION of the Bank of Greece' letter of credit No. for the sum of Lstg. covering the aforementioned merchandise being established through us in favour of the sellers, we, X-BANK LTD. in London E.C.2 do HEREBY GUARANTEE the due repayment to you on demand of the sum of Lstg. (ungefähr 10% des Warenwertes) in the event of the sellers failing to execute the good and timely performance of all the terms and conditions of the relative contract PROVIDED that any claim hereunder shall be received by us in writing at this Office accompanied by your written declaration the the sellers have failed to execute the good and timely performance of all the terms and conditions of the said contract.

.....(Laufzeit der Garantie).

London,

X-Bank Ltd.

.....

(Unterschriften)

Ersuchen an eine Korrespondenzbank, eine Lieferungsgarantie auszustellen, verbunden mit einer Gegen-Garantie (counter-indemnity) (A 6)

X-Bank Ltd.
London E. C. 2

To: National Bank of Egypt
Cairo, Egypt (U. A. R.)

On behalf of our customers and our responsibility, please issue a guarantee for Lstg. in favour of the (Begünstigter) in the form given below:

"With reference to the contract of (Bankkunde) with (Begünstigter) for the supply of (Bezeichnung der zu liefernden Waren) we hereby undertake to hold at the disposal of (Begünstigter) as Guarantee Deposit, free of interest and payable in cash on the (des Begünstigten) first demand notwithstanding any contestation by the contractor (Bankkunde), or by us, or by any other party, the sum of Lstg.

This undertaking remains in force until the contract has been completely carried out to the satisfaction of the said (Begünstigter), but, in any case, not later than"

In consideration of your issuing a guarantee in the terms mentioned above, we hereby undertake to hold you harmless from any claim, loss, costs, charges, and expenses which may arise by reason of your so doing.

London,

X-Bank Ltd.

.....
(Unterschriften)

Ersuchen an eine Korrespondenzbank, eine Lieferungsgarantie zu erstellen, verbunden mit einer indemnity (A 7)

Y-Bank AG, Düsseldorf

To: Z-Bank

.....

Performance Guarantee No.

In consideration of our customers Messrs. having contracted on under No. with (Begünstigter) for the supply of (zu liefernde Ware) at the total price of we hereby request you to issue the required performance guarantee for an amount of (being% of the contract price), in favour of (Begünstigter) valid until

We, Y-Bank, Düsseldorf, hereby irrevocably undertake to indemnify you against all losses, expenses or damages which you may sustain by reason of any claim made as a result of your having issued the aforesaid guarantee and we hereby undertake to reimburse you without delay on your first demand any amount you may be called upon to pay under the said guarantee to the extent of

We further agree that any request made upon you by the beneficiary for payment of any sum under your said guarantee shall constitute sufficient authority to you for making such payment without any obligation on your part to inquire whether such amount is in fact due to him. Our liability under the present indemnity will expire on, after which date no claims whatsoever can be accepted.

.....

Düsseldorf,

Y-Bank AG

.....

(Unterschriften)

Konnossementsgarantie, bei der die Bank in die Verpflichtung ihres Kunden, den Reeder schadlos zu halten, eintritt (A 8)

To: Master and/or Owners of s.s./m.v.

In consideration of your releasing for delivery to us or to our order without production of the relevant Bill(s) of Lading the under-mentioned goods: ex s.s./m.v. from

We hereby undertake and agree fully and completely to indemnify you and your agents from and against all the consequences of your so doing and against and in respect of all payments, damages, costs (as between Solicitor and Client), expenses, losses or liabilities that your or they may incur, make, or suffer or be put to by reason of your so doing, and if as a consequence any proceedings are taken against you or them with respect of the said goods we undertake from time to time to provide you or them with sufficient funds to defend the same.

We further undertake and agree that immediately the Bill(s) of Lading is/are received by us we will deliver the same to you duly endorsed.

Dated

Signed(Bankkunde)

N. B.

Clauses limiting Banker's liability are not acceptable

We join in the above guarantee

X-Bank Ltd., London

.....

(Banker's Signature)

Garantie gegenüber einer Automobilfabrik, die die Verkaufssteuer nicht abgeführt hat (A 9)

X-Bank Ltd.
London

To:(Automobilfabrik)

In consideration of your delivering to Mr. (Bankkunde) the above mentioned car, we hereby undertake to pay you on first demand in writing the sum of in respect of purchase tax on the aforesaid car, if it has not been exported to Nigeria on or before six months on its original purchase, in accordance with the conditions imposed by H. M. Customs and Excise."

London,

X-Bank Ltd.
.....
(Unterschriften)

Garantie zugunsten einer ausländischen Eisenbahngesellschaft für
Schulden eines Reisebüros aus dem Fahrkartenverkauf (A 10)

X-Bank Ltd.

London E. C. 2

To: (ausländische Eisenbahngesellschaft)

".... in virtue of this guarantee we will, at the simple request of
your Company, credit you with any sum you declare to be due to
yourselves by the (Name des Reisebüros), without obligation
on your part to furnish proof that the (Reisebüro) has failed in
the engagements undertaken

.....(Es folgt die Festsetzung eines Haftungshöchstbetrages und
die Klausel, daß die Garantie durch die Bank drei Monate vor
Schluß des Kalenderjahres zum Jahresende gekündigt werden darf.)

London,

X-Bank Ltd.

.....

(Unterschriften)

Bankgarantie für die Rückzahlung zuviel geleisteter Pensionsbeträge
(A 11)

X-Bank Ltd.
London E. C. 2

To: (Begünstigter)

The X-Bank Ltd., London E. C. 2, hereby covenants, that if, at any time, they shall receive payment of any money on account of pension of their client (Name des Bankkunden und Pensionärs) which by reason of death of the said (Pensionär) shall not have due to be paid, it will in the first demand in writing of the Financial Secretary to the Government of Sudan, forthwith and without any further notice, demand or formality whatsoever, refund to the Financial Secretary all such moneys so unduly received.

London,

X-Bank Ltd.

.....

(Unterschriften)

Garantie für eine akkreditivstellende Bank, die nicht akkreditivge-
rechte Dokumente aufnimmt (A 12)

X-Bank, Ltd.
London E. C. 2

To: Y-Bank Ltd.
London E. C. 4

Reference: Letter of Credit No.

In consideration of your taking up documents for the value of Lstg.
.... covering the shipment of (Bezeichnung der zu verschiffen-
den Ware) per s. s. (Name des Schiffes) from Marseille to Li-
verpool, under the above mentioned Credit, we hereby undertake
to hold you harmless from all consequences which may arise from
the fact that the Bill of Lading is claused "goods unsufficiently
packed".

It must be understood that in the event of no claim being received
within six months from the date of this guarantee, our liability
thereunder shall automatically cease.

London,

X-Bank Ltd.

.....
(Unterschriften)

Garantie in Form eines unwiderruflichen Akkreditivs bei einer
Ausschreibung (A 13)

X-Bank Ltd.
London E.C.2

To: Bank of Taiwan
Taipei, Formosa

Irrevocable Credit No.

We hereby authorise you to draw at sight on X-Bank Ltd., London
E.C.2, for account of (Bietender) for the sum of Lstg.
or equivalent new Taiwan Dollars.

Your drafts must be accompanied by:

Your declaration that (Bietender) have been offered by
.... (ausschreibende Stelle = Begünstigter) the contract rela-
tive their tender to supply (Warenbezeichnung) and failed
to sign such contract.

Each draft must state that it is drawn under Letter of Credit of
X-Bank Ltd., London E.C.2, No., dated and the amount
negotiated must be endorsed on the reverse hereof.

We hereby give our undertaking to the drawers, endorsers and bona
fide holders of all drafts drawn under and in compliance with the
terms of this credit that such drafts will be duly honoured upon pre-
sentation to the drawees mentioned herein.

This credit is valid in Taipei until the

London,

X-Bank Ltd.

.....

(Unterschriften)

Counter-indemnity, die der Kunde gegenüber seiner Bank abgibt
(A 14)

To: X-Bank Ltd.
London E. C. 2

1. Please give a guarantee for Lstg. to ("the beneficiary")
in respect of the guarantee to be in the terms endorsed
hereon.
2. In consideration of your so doing I agree to indemnify you against
any payment, loss, damage, costs, charges or expenses which
you may sustain, incur or pay, or for which you may become
liable, under the respect of the guarantee which you give, and
you may debit my account with the amount of any payment which
you may make hereunder.
3. I undertake to procure your release from liability in due course.

.....
(Unterschrift des Bankkunden)

Lebenslauf

Am 31. August 1934 wurde ich in Wuppertal-Elberfeld als Sohn des Chemikers Dr. Ernst Auhagen und seiner Ehefrau, Dr. Trude, geb. Ahrens, geboren. Nach Besuch der Volksschule und des humanistischen Wilhelm-Dörpfeld Gymnasiums in Wuppertal bestand ich im März 1954 die Reifeprüfung. Darauf absolvierte ich eine zweieinhalbjährige Banklehre bei der Deutschen Bank AG. in Wuppertal-Elberfeld, die ich mit bestandener Bankgehilfenprüfung abschloß. Ab Wintersemester 1956/57 studierte ich an den Universitäten Freiburg im Breisgau und München Rechtswissenschaften, um im Dezember 1960 in Freiburg im Breisgau die Erste Juristische Staatsprüfung zu bestehen. Als Referendar war ich im Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf tätig und legte im Mai 1965 in Düsseldorf das Assessor-examen ab.

Wuppertal, im Herbst 1965

